

馮陽

黃盧  
炳言  
編譯

法

學

通

論

政治經濟社藏版



580  
870  
21

# 法學通論

沔陽

盧弼譯  
黃炳言

(再版)

政治經濟社藏版



3 1798 9223 1

# 法學通論目錄

## 緒論

## 上卷 法學

### 第一編 總論

#### 第一章 法學之性質

第一節 法學之職分

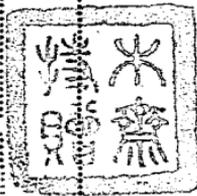
第二節 法學之範圍

第三節 法學之位置

第四節 法學與法術之關係

#### 第二章 法學之類別

第一節 因研究材料之廣狹



一九

一九

二〇

二三

二七

三四

三六

三六

第二節 因研究材料之新舊……………三七

第三節 因研究材料之性質……………三八

第三章 法學之效用……………四一

第一節 實用之效用……………四二

第二節 學理之效用……………四二

第三節 立法之效用……………四三

第一編 法學之基礎……………四五

第一章 國家……………四六

第一節 國家之觀念……………四六

第二節 國家與公共團體之區別……………五三

第三節 國家與社會之區別……………五五

第二章 人格……………五九

第一節 人格之觀念……………五九

第二節 法人之觀念……………六一

第三編 法學之小史……………六四

第一章 古代之法學……………六四

第二章 中古之法學……………六六

第三章 近世之法學……………六八

第四編 法學之學派……………七六

第一章 宗教法學派……………七七

第二章 理想法學派……………七八

第三章 實驗法學派……………八二

中卷 法律……………九一

第一編 總論……………九一

第一章 法律之性質……………九三

第一節	法與法律文辭之用例	九三
第二節	法律之觀念	九六
第一款	法律觀念之學說	九六
第二款	法律之實質的意義	一〇六
第三款	日本國法上法律之意義	一〇九
第四款	實質的法律與形式的法律之區別	一一一
第三節	法律與道德之區別	一二二
第二章	法律之淵源	一二四
第一節	慣習	一二四
第二節	宗教	一二七
第三節	條理	一二八
第四節	判例	一二二
第五節	學說	一二四
第六節	條約	一二五

第七節 外國法……………二二七

第三章 法律之類別……………二二八

第一節 因法律發生之方法而類別者……………二二八

第二節 因法律之實質而類別者……………二三〇

第三節 因法律之系統而類別者……………二三六

第四節 因法律之效力而類別者……………二三七

第二編 法律之立廢……………一三九

第一章 法律之成立……………一四一

第一節 慣習法之成立……………一四一

第一款 慣習法成立之時期……………一四一

第二款 慣習法之證據……………一四九

第三款 慣習法之效力……………一五一

第四款 慣習與慣習法之區別……………一五五

第二節	成文法之成立	一五六
第二章	法律之改廢	一五七
第一節	慣習法之改廢	一五七
第二節	成文法之改廢	一五八
第一款	由於內因而改廢者	一五八
第二款	由於外因而改廢者	一六三
第三節	法律改廢之範圍	一六五
第三編	法律之效力	一六八
第一章	法律之效力因乎時者	一六九
第二章	法律之效力因乎人者	一八一
第三章	法律之效力因乎地者	一八八
第四章	法律之效力因乎事者	一九二

第四編 法律之運用……………一九九

第一章 法律之行用……………一九九

第一節 法律行用之意義……………一九九

第二節 法律之執行……………二〇一

第一款 執行之機關……………二〇一

第二款 執行之原則……………二〇二

第三節 法律之適用……………二〇三

第一款 適用之機關……………二〇三

第二款 適用之原則……………二〇四

第二章 法律之解釋……………二一一

第一節 解釋之意義……………二一一

第二節 解釋之類別……………二一四

第一款 公式解釋……………二一四

第二款	私見解釋	二一八
第三節	解釋之標準	二二〇
第一款	解釋共通之標準	二二〇
第二款	文理解釋之標準	二二一
第三款	論理解釋之標準	二二三
第四節	解釋之效力	二二五
第三章	法律之鑑識	二二九
第一節	鑑識之意義	二二九
第二節	鑑識之類別	二三〇
第三節	鑑識之標準	二三二
第四章	法律之補充	二三三
第一節	補充之意義	二三三
第二節	補充之方法	二三四

第五編 法律之裁制……………三三八

第一章 裁制之性質……………三三八

第一節 裁制之觀念……………三三八

第二節 裁制之區別……………三四一

第二章 公力裁制……………三四二

第一節 公法裁制……………三四三

第一款 憲法上之裁制……………三四三

第二款 行政法上之裁制……………三四五

第三款 刑事法上之裁制……………三四九

第一項 刑罰之觀念……………三四九

第二項 刑罰之類別……………三五〇

第二節 私法裁制……………三五二

第三章 自力裁制……………三五七

---

第一節	自力裁制之觀念	二五七
第二節	自力刑事裁制	二五八
第三節	自力民事裁制	二五九
第四章	國際裁制	二六〇

# 法學通論目錄

下卷 權利……………二六三

第一編 總論……………二六三

第一章 權利之靜狀……………二六四

第一節 權利之觀念……………二六四

第一款 權利觀念諸學說……………二六四

第二款 權利之意義……………二六八

第二節 權利與自由之關係……………二七〇

第三節 權利與能力之關係……………二七一

第四節 權利與權能之關係……………二七一

第五節 權利與法律之關係……………二七二

第六節 權利與權力之關係……………二七四

第六節 權利與權力之關係……………二七四

第七節 權利與義務之關係……………二七五

第二章 權利之類別……………二七八

第一節 公權私權之區別……………二七八

第二節 公權……………二八一

第一款 公權之觀念……………二八一

第二款 公權之類別……………二八三

第三款 公義務……………二八五

第三節 私權……………二八五

第一款 私權之觀念……………二八五

第二款 私權之類別……………二八六

第三款 私義務……………二九四

第四節 國際法上之權……………二九五

第三章 權利之主體……………二九五

第一節 自然人……………二九五

第一款	自然人之發生	二九五
第二款	自然人之權利能力	二九七
第一款	關於公權之權利能力	二九七
第二款	關於私權之權利能力	二九八
第三款	自然人之行為能力	三〇二
第一項	公權之行為能力	三〇二
第二項	私權之行為能力	三〇三
第四款	自然人之住所	三〇七
第五款	自然人之消滅	三〇九
第二節	公法人	三一
第一款	公法人之觀念	三一
第二款	公法人之發生	三一
第三款	公法人之能力	三一四
第四款	公法人之消滅	三一六
第三節	私法人	三一七

第一款	私法人之觀念	三二七
第二款	私法人之類別	三二七
第三款	私法人之發生	三二〇
第四款	私法人之能力	三二四
第五款	私法人之消滅	三二六
第四節	會社	三二七
第一款	會社之性質	三二七
第二款	會社之種類	三三二
第三款	會社之發生	三三七
第四款	會社之能力	三四〇
第五款	會社之消滅	三四三
第四章	權利之客體	三四五
第一節	公權之客體	三四五
第二節	私權之客體	三四八
第三節	物	三五〇

第一款	物之觀念	二五〇
第二款	物之類別	三五二

## 第五章 權利之動狀

第一節	權利之取得	三五五
第二節	權利之行使	三五八
第三節	權利之變更	三六一
第四節	權利之喪失	三六二

## 第六章 權利之動因

第一節	權利動因之觀念	三六三
第二節	法律行爲	三六六
第一款	法律行爲之觀念	二六六
第二款	法律行爲之類別	三六九
第三款	法律行爲之成立	三七一
第四款	代理之法律行爲	三七八

第二項	代理法律行為之觀念	三七八
第二項	代理權之得喪	三八〇
第五款	法律行為之無效及取消	三八三
第一項	法律行為之無效	三八三
第二項	法律行為之取消	三八七
第一目	得以取消法律行為之觀念	三八七
第二目	取消權之得喪	三八八
第六款	法律行為之附款	三九一
第一項	條件	三九一
第二項	期限	三九三
第三節	期間	三九四
第四節	時效	三九六
第一款	時效之性質	三九六
第一項	關於時效觀念之學說	三九六
第二項	時效之意義	四〇三

第三項	時效之根據	四〇四
第四項	時效與豫定期間之區別	四〇九
第二款	時效之邇及效	四一〇
第三款	時效之援用	四一三
第四款	時效之拋棄	四一六
第五款	時效之障礙	四一八
第一項	時效之中斷	四一八
第二項	時效之停止	四一九
<b>第七章</b>	<b>權利之侵害</b>	四二三
第一節	不法行爲之觀念	四二三
第二節	私法上之不法行爲	四二六
第三節	犯罪行爲	四二九
第一款	犯罪行爲之觀念	四二九
第二款	犯罪行爲之類別	四三二
第三款	犯罪行爲之體樣	四三四

第一項	未遂犯	四三四
第二項	中止犯	四三六
第三項	不能犯	四三六
第四項	再犯	四三七
第五項	數罪俱發	四三八
第六項	共犯	四三九

## 第二編 統治權關係

四四二

### 第一章 統治權之性質

四四二

第一節	統治權之觀念	四四三
第二節	統治權與複合國家之關係	四四七
第三節	統治權與主權之關係	四五〇
第四節	三權分立論之誤謬	四五四
第二章	統治權行動之形式	四五六
第一節	君主政體	四五六

第一款 專制君主政體……………四五六

第二款 立憲君主政體……………四五八

第二節 貴族政體……………四六〇

第三節 民主政體……………四六一

第一款 民主共和政體……………四六一

第二款 民主專制政體……………四六三

### 第三章 統治權之作用……………四六三

第一節 立法……………四六三

第一款 立法之觀念……………四六四

第二款 立法之手續……………四六五

第一項 法案之提出……………四六五

第二項 法案之議決……………四六六

第三款 立法與法案裁可之關係……………四六八

第四款 立法與法律公布之關係……………四七〇

第五款 憲法之制定及變更……………四七一

第六款	皇室典範之制定及變更	四七四
第二節	行政	四七五
第一款	行政之觀念	四七五
第二款	行政與君主大權之關係	四七六
第三款	行政行為之形式	四八〇
第一項	命令	四八〇
第一目	命令之成立	四八〇
第二目	命令之區別	四八二
第三目	命令之改廢	四八五
第二項	處分令	四八六
第一目	處分令之觀念	四八六
第二目	處分令之成立	四八八
第三目	處分令之區別	四八八
第四目	處分令之消滅	四九二
第三項	行政契約	四九三

第四項	對於內部行政行爲之形式	四九五
附論	私法行爲及事實行爲	四九五
第四款	行政行爲之類別	四九六
第一項	內務行政	四九六
第二項	外務行政	五〇二
第三項	軍務行政	五〇三
第四項	財務行政	五〇五
第五款	權限爭議	五一二
第六款	行政訴訟	五一四
第七款	行政訴訟	五一七
第八款	行政裁決	五二〇
第三節	司法	五二一
第一款	司法之觀念	五二一
第二款	司法與君主大權及行政之關係	五二二
第三款	司法權之獨立	五二三

第四款	刑事裁判	五二五
第一項	刑事裁判之性質	五二五
第二項	刑事訴訟之手續	五二七
第一目	犯罪之搜查	五二七
第二目	起訴	五二九
第三目	豫審	五二九
第四目	公判	五三三
第五目	上訴	五三四
第六目	非常上告及再審	五三五
第七目	裁判之執行	五三六
第五款	民事裁判	五三七
第一項	民事裁判之性質	五三七
第二項	民事訴訟之手續	五三九
第一目	訴訟之提起	五三九
第二目	口頭辯論及準備書面	五四〇

第三目	證據調	五四二
第四目	判決及上訴	五四三
第五目	再審	五四三
第六目	強制執行	五四四
第四章	統治權行使之機關	五四五
第一節	統治權之觀念	五四五
第二節	君主	五四七
第一款	君主之地位	五四七
第二款	由君主之地位所生之權	五四八
第三款	君位之繼承	五五一
第一項	君位繼承之觀念	五五一
第二項	君位繼承之資格	五五二
第三項	君位繼承之順序	五五三
第四款	君位之喪失	五五四
第五款	攝政	五五五

第三節 國務大臣及樞密顧問	五五六
第四節 議會	五五七
第一款 議會制之由來	五五七
第二款 議會之地位	五五九
第三款 議會之組織	五六〇
第一項 上院之組織	五六〇
第二項 下院之組織	五六一
第四款 議會之權限	五六六
第五款 議會之會期	五六九
第六款 議會之議事	五七二
第七款 議員之地位	五七三
第五節 官廳及官吏	五七四
第一款 官廳及官吏之觀念	五七四
第一項 官廳之觀念	五七四
第二項 官吏之觀念	五七六

第二款 行政官廳……………五七九

第三款 司法官廳……………五八一

第六節 公共團體……………五八三

第一款 公共團體之地位……………五八三

第二款 公共團體之區別……………五八四

### 第三編 國民權關係……………五八九

#### 第一章 自由權……………五九〇

第一節 自由權之觀念……………五九一

第二節 身體、住所及文書之不可侵……………五九四

第三節 身體動作之自由……………五九七

第四節 經濟動作之自由……………五九九

第五節 精神動作之自由……………五九九

第六節 所有權不可侵之自由……………六〇一

#### 第二章 國家行爲請求權……………六〇二

第一節	國家行爲請求權之觀念	六〇二
第二節	在外國民有請求本國保護權	六〇二
第三節	行政行爲請求權	六〇三
第四節	司法行爲請求權	六〇四
第五節	請願權	六〇五
第三章	參政權	六〇七
第一節	參政權之觀念	六〇七
第二節	選舉權及被選舉權	六〇八
第三節	爲官吏之權	六〇九
第四章	國民義務	六〇九
第四編	國際權關係	六一二
第一章	國際權之性質	六一二
第二章	國際權之種別	六一五

第三章	條約	六一九
第四章	國際權行使機關	六二二
第五章	非常國際權關係	六二三
五編	私權關係	六二九
第一章	身分權	六二九
第一節	親族權	六二九
第一款	親族權之觀念	六二九
第二款	夫權	六三三
第一項	夫權之原因	六三三
第二項	夫權之効力	六三七
第三項	夫權之消滅	六四二
第三款	親權	六四四

第一項	親權之原因	六四四
第二項	親權之効力	六六六
第三項	親權之消滅	六七五
第四款	被扶養權	六七六
第二節	戶主權	六七八
第一款	戶主權之觀念	六七八
第二款	戶主權之効力	六八二
第一項	同意權	六八二
第二項	居所指定權	六八六
第三項	離籍權	六八七
第四項	復籍拒絕權	六八八
第五項	戶主之義務	六八九
第三款	戶主權之得喪	六八九
第三節	後見權	六九六

第一款	後見權之觀念	六九六
第二款	後見人及監督機關	六九七
第三款	後見權之効力	七〇二
第四款	後見權之消滅	七〇四
第四節	相續權	七〇五
第一款	相續權之觀念	七〇五
第二款	相續權之原因	七〇八
第三款	相續人	七一二
第一項	相續人之能力	七一二
第二項	相續人之種別	七一五
第三項	相續人之曠缺	七二三
第四項	相續人之遺留分權	七二四
第四款	相續權之承認及拋棄	七二七
第五款	相續權之効力	七三〇

第一項	相續權普通効力	七三〇
第二項	家督相續權之特別効力	七三一
第三項	遺產相續權之特別効力	七三二
第六款	債權者之財產別除權	七三七
第七款	遺言	七三九
<b>第二章 物權</b>		
第一節	物權之性質	七四二
第一款	物權之觀念	七四二
第二款	物權之効力	七四三
第三款	物權之創設	七四四
第四款	物權之消滅	七四五
第二節	占有權	七四六
第一款	占有權之觀念	七四六
第三款	占有權之得喪	七四八

第三款	占有權之効力	七四九
第三節	所有權	七五一
第四節	地上權	七五四
第五節	永小作權	七五五
第六節	地役權	七五七
第七節	擔保權	七五九
第一款	擔保權之觀念	七五九
第二款	留置權	七五九
第三款	先取特權	七六〇
第四款	質權	七六二
第五款	抵當權	七六三
第三章	債權	七六四
第一節	債權之性質	七六四
第二節	債權之要素	七六六

第一款	債權之當事者	七六六
第二款	債權之目的	七六九
第三節	債權之原因	七七二
第一款	契約	七七二
第一項	契約之觀念	七七三
第二項	契約之類別	七七三
第三項	契約之効力	七八二
第四項	契約之消滅	七八四
第二款	單獨行爲	七八五
第三款	事務管理	七八七
第四款	不當利得	七八八
第五款	不法行爲	七九〇
第六款	法律之規定	七九〇

# 法學通論目錄

終

第四節	債權之効力	七九一
第五節	債權之讓渡	七九五
第六節	債權之消滅	七九八

# 法學通論

日本法學博士奧

田義人著

丙

陽

黃盧

炳

言

譯

## 緒論

治法學者不可不治法學通論

大綱舉而後細目張。學問之次第也。譬諸習地理歷史者。先不取萬國之地理歷史而涉獵之。漫然執一部分一朝代以從事。終難期脈絡之貫通也。何則。一國之地理歷史。與他國之地理歷史。有互相關係聯絡者焉。總攬五洲。滙通今古。然後考郡國之利病。徵一朝之典章。握要鉤元。察全知曲。如昇階然。罔或踰越者也。法學亦然。法學通論。大綱也。憲法、行政法、刑

法、民法諸法。細目也。治法學者。使初未肄法學通論。遽取憲法、行政法、刑法、民法諸法而研究之。將憲法、行政法、刑法、民法諸法。在法學全部中。其位置何若。其部分何屬。必有茫然不解者矣。況法學亦與他學等。有特殊名詞。有特殊用語。不治法學通論。即無以知其名詞用語之意義。無以知所表示事物之性質。迨習法律各細目而始習之。亦已晚矣。故曰治法學者。不可不治法學通論也。

#### 治經濟學政治學者不可不治法學通論

凡百科學。鮮有全然獨立者。必有直接間接之關係聯絡焉。涉於社會人事者。其關係聯絡之點。尤爲密切。故修法學者。不可不知經濟學政治學之大綱。修經濟學政治學者。亦不可不知法學之大體。且修經濟學政治學者之宜知法學。較修法學者之宜知經濟學政治學。更形切要。何則。法學不假經濟學政治學之思想。尙可應用於實地。而經濟學政治學。不假法律之思想。究難確握其本根。況如政治學者。其基礎全取法於法學者

乎。

### 國民之普通教育不可不治法學通論

國民普通教育之不可無法學通論也。爲近世文明各國所公認。西諺曰：「吾人生活於法律，動作於法律，存在於法律。」蓋以吾人既爲一國之國民，苟欲其生活動作之安全也，不得徒任道德倫理以維持之，亦宜據法律以保護之。夫使如哲學家言，達於黃金世界，一以道德倫理治天下，則廢法措刑，豈不甚善。然徵之實際，人類社會，未臻此境，終不免爲夢囈之談。理想之論也。人有恒言，人類自然之狀態，爭鬪之狀態也。此其言雖未免過激，而可證法律之不可一日缺也。故宜知法律者，國民之義務也。使之知之者，教育家之責任也。當教育之任者，烏可輕視夫法學通論也耶。論者曰：法律之智識，普及國民，不免有助長健訟之弊。民可使由，不可使知。聖人之格言也。今反其本以治之。天下將滔滔流於澆薄矣。可乎。嗚呼。是殆不知法律之所以爲法律者也。試即英吉利觀之。英人遵守本國之

法律重視一己之權利。權利所在。雖錙銖之微。不遺餘力以爭。故侵害權利之事。日以減少。而國運亦蒸蒸日上。盛。何嘗有健訟之弊哉。何嘗有流於澆薄之憂哉。反觀中國。以道德仁義之說。爲治國惟一之要務。權利不知爲何物。法律夙鄙而不問。泊於今日。孔孟理想。掃地盡矣。國事亦有日即於凌夷之勢。無他。法律之觀念薄。徒言道德。烏足以治國也。雖然。法律亦間有助長健訟之弊矣。然此非法律思想普及之害。道德不足以調和之之害也。有法律。不可無道德。以善其後。有道德。不可無法律。以制其行。如英人者。可謂道德與法律。並行而不相悖者矣。

#### 研究法律宜以本國之現行法爲本

法律現象。千別萬殊。固因風土人情而不同。亦因時勢之推移。人文之啓發。而異。古人云。法律者。一國文化之反照也。中國有中國之法律。英國有英國之法律。法國有法國之法律。諸國之法律。不但因國之文野。有詳略精粗之分。而徵諸史乘。亦嘗經沿革變遷。以有今日。決非通古今。亘萬國。

而一致者也。研究法學者。固以研究關於法律現象之原則爲主。然亦不可不以本國之法律爲據。若徒偏學理。好爲高論。終不足以致之實用也。

### 研究日本現行法宜參照歐美諸國之法律

法律與人類同。有系統存焉。是曰法系。法系常與文化之系統。共其淵源。享同種之文化者。必行同系之法律。日本文化之源。汲於中國。故其所行之法律。概源於中國之法系。歷代以來。所謂刑名律令之學。不過摭拾中國歷朝律令。註釋其法文。攷覈其意義而已。迄於近代。與歐美諸國相交。通。文化之淵源。既生改革。故法律亦變其系統。而以歐美諸國之法系爲法源。故研究日本現行法者。必參照歐美諸國之法律。此無他。人類以其性質遺傳於子孫。法律亦然。子法之性質。率由母法之性質繼受而來也。

### 歐美諸國之法律大別爲羅馬法系及英國法系

綜世界古今之法律觀察之。其系統不一。有已經廢絕者。有僅能維持者。有日漸擴張者。如波斯法系。埃及法系。腓尼基法系。猶太法系。希臘法系。

已經廢絕之法系也。中國法系、印度法系、回回法系、僅能維持之法系也。其日漸擴張者、厥惟羅馬法系及英國法系。試即各國之法系而分論之。波斯、埃及、腓尼基、猶太、希臘、爲世界文明之古國。其法律之美備。早已各成一派。迄於今日。除屬於腓尼基法系之海商法。屬於希臘法系之梭倫 *Solon* 法。稍遺傳於羅馬。與屬於猶太法系之摩西 *Moses* 法。散見於舊約全書第三卷外。其餘皆與國家滅亡。同歸灰燼。中國法系。發源於典謨。極盛於儒教。秦漢而後。皆未嘗有成文之規定。有之則以魏李悝之法經六編爲嚆矢。唐代以還。始有六典。宋明繼之。至於現代。則有大清律例。是爲中國法系中之稍完備者也。要之中國法系之特質。以道德爲元素。故道德與法律之區別。不能明晰。且意在以法補教。故法系之勢力。率與德教共消長。今者德衰教微。法系之範圍。日形縮小矣。其行之者。厥惟本國。及朝鮮、臺灣等國耳。印度法系。以馬尼法典 *Code Mannu* 爲根據。雖然。現代所行者。非必在此法典也。實在後世所成數十種之註疏。今者惟印度半島及

其附近之島嶼。行此法系。其實不過一種之宗教法也。故印度法系之勢力。亦與印度之宗教共消長云。回回法系。起於回回教。而以回回教之科蘭 *Koran* 經典爲基。科蘭經典。爲穆哈謨德 *Mohamat* 所制。穆哈謨德以三尺劍定天下。即以餘威宣布法教。故回回法系。實挾兵力與宗教以俱行者也。兵力盛時。行回回法系者。靡然從風。今則惟印度之西部、土耳其、亞刺伯、波斯、亞非利加北岸、亞細亞西南部之塔爾塔里等處。行此法系而已。至就羅馬法系及英國法系言之。行於歐洲大陸諸國之私法。繼承羅馬法之系統而來。行於北美澳洲及英領殖民地之私法。繼承英國法之系統而來。且其範圍有逐漸擴張不可遏抑之勢。不但私法已也。近世立憲公法之淵源。亦權與英國、歐美諸國模倣之。可知歐美諸國之法律。所行者不過羅馬法系及英國法系。兩大端而已。

諸國法律之屬於羅馬法系及英國法系者其法源非盡由羅馬法及英國法而來

雖然。諸國法律之本羅馬法系及英國法系者。其法源果悉由羅馬法及英國法而來乎。曰。否。尙有他附屬之淵源焉。惟其法源之中。以羅馬法英國法占重要之部分。故以羅馬法系及英國法系名之耳。茲先論羅馬法系諸國之法源。次論英國法系諸國之法源。

羅馬法系諸國之法源。概括言之。羅馬法外。有寺院法、蠻民法、封建法、慣習法。國王命令五種。羅馬法者。自十二銅表確定法律而後。至第六世紀。茹斯底年 Justinianus 帝。編纂法典。始集大成。其後雖因羅馬帝國之滅亡。瀕於廢絕。然至十二世紀。羅馬法學再興。十四十五世紀之頃。歐洲諸國。皆取法焉。其勢力始鞏固矣。溯茹斯底年之編纂法典也。以古來之法律。與學者之著述爲材料。且招集翟利波尼 Tribonianus 等十六名之法曹。專司此任。閱四年始告成功。(紀元五百三十四年)全部由三種法典而成。總名曰羅馬法律全典。Corpus Juris Civilis 三種之法典者何。(一)曰科德克。Codex 即編纂巴託利安 *Patricianus* 帝以後之命令也。(通常譯曰法典)(二)曰泰格士母。或

潘德克帖。Digestum or Pandectae 即編纂羅馬二十九大法曹之論說也。

(通常譯曰會典) (三)曰因士齊支齊鄂。Institutiones 即叙述法典會典之梗概也。

(通常譯曰網要) 自是而後。又編纂茹斯底年帝三十年間所發之命令以增加之。

名曰諾布列。Novelle (通常譯曰新法典) 世之所謂羅馬法。即指此法典而言。寺院

法者。起因於羅馬教會之裁判權。因寺院法全典之編纂而大成者也。初

耶蘇十二使徒中。有名聖保羅 St Paul 者。唱言曰。耶蘇信徒間之訴訟。宜

仰僧侶之裁判。由是而羅馬教會。漸干涉民事裁判之事。至君士但丁

Constantinus 帝之時。而保羅之言。即爲羅馬帝國之法律矣。凡有涉及訴訟

者。以當事者兩造之合意。仰僧侶而裁判之。且以公力執行其裁判。僧侶

之權。於焉確立矣。即至西羅馬帝國滅亡之後。教會尙假學問宗教之力。

以禦制蠻民。及第八世紀之末。羅馬法王握有政權。法王權威。凌駕帝王

而上。帝王皆仰法王之鼻息而莫敢誰何。當斯時也。法王所裁判者。不獨

僧侶與僧侶間之訴訟。僧侶與常人間之訴訟而已。凡關於婚姻生死等

事。皆以爲與宗教制度有關係。不問其人之資格若何。統歸管轄。可謂教會裁判權之極盛時代也。迨及近世第十八世紀。諸國之主權。集於中央。宗教與法律。分而獨立。於是剝奪教會之裁判權。僧侶之勢力。始衰微矣。但以因襲既久。歐洲大陸諸國。凡法律之關於人事者。尙多採寺院法之規則也。又即編纂寺院法典之事蹟攷之。當十二世紀之中葉。意大利波洛尼亞 *Bologna* 大學。極力研究羅馬法。教會欲使寺院法以與羅馬法相頡頏。乃亦編纂寺院法以與之抗。其所編纂者。(一)高僧格拉梯阿士法令集。 *Decretum Gratiani* (1) 法王格勒革力九世法令集。 *Decretum Gregorii IX* (二) 第六卷法令集。 *Sextus Decretulum* 即本法王波尼發塞八世 *Bonifacius VIII* 法令集。而追加於格勒革力九世法令集者也。(四)格勒門五世法令集。 *Constitutiones Clementia* (五) 法王約翰二十二世追加法令集。 *Extravagantes Joannis* 此五種之法令集。爲寺院法中重要之法典。後至千五百八十年。法王格勒革力十三世。又合以上諸法令集。名曰羅馬寺院法全典。

Corpus Juris Canonici 至是而寺院法典始大成矣。蠻民法者指九世紀以前日耳曼諸民族所行之法律而言也。近時各國之公法多挹源於此。封建法者定領主與臣下相關係之法律也。與歐洲之封建制度共發達。與諸國之慣習法相協洽融和以俱行。近時諸國之法律亦多淵源於此。慣習法者當沙立曼 Charlemagne 帝國之衰也。分爲德法意等國。發生於各地之法律。名曰慣習法。此法律雖多淵源於古代之蠻民法。然受羅馬法之影響爲多。近世歐洲大陸諸國之法律。率以此法律爲本。且融和第十五六世紀之羅馬法。更加以各國主權者所制定之特別法而行者也。特別法者國王之命令也。沙立曼帝國分裂後。諸國王所發布之命令。總稱曰特別法。

英國法系諸國之法源。概括言之。本英國法系諸國之法律。不僅以英國法爲法源。猶本羅馬法系者。不僅以羅馬法爲法源也。以北美合衆國論。北美合衆國諸州之法律。雖屬英國法系。然綜合諸州固有之判決例及

條例者爲尤多。行英國法系諸國之法源。雖不一而足。大畧言之。不外四種。即慣習法、條例、公約、及外國法是也。慣習法者。其端啓於古代侵入英國諸民族之慣習。諾爾曼戰勝 *The Norman Conquest* 而後。此固有之慣習。即變而爲普通法。及義德華三世 *Edward III* 立。爲救普通法之弊而衡平法作。遲至千八百七十三年。發布條例以調和普通法及衡平法二者。於是英國之慣習法。占英國法之大部分矣。然英國法之大部分。雖由慣習法而成。亦有依國會議決之法律。名曰士塔適 *Statutes* 士塔適。即條例也。故條例亦得爲英國法系之法源也。公約者。當英國國家有異變之際。君主與臣民締結之契約也。英國憲法之大綱。實由此公約而成。例如千二百十五年。約翰王 *John* 受諸侯之迫。訂定大憲章 *Magna Charta* 以保障個人之自由。千六百八十九年。維廉三世及馬利女王 *William III and Mary* 共立之時。容國會之請。確定權利條款 *Bill of Rights* 以保護個人之自由權利。以及千八百年維廉三世所定之皇位繼承法 *Act of Settlement*

皆謂之公約者也。至羅馬法寺院法等之外國法。其輸入英國。與英國之普通法。相融和協洽以俱行。故外國法亦爲英國法系之法源。由是而言。歐美諸國之法律。不僅以羅馬法及英國法爲法源也。雖然。大體而論。其精髓無不自羅馬法及英國法而出。取此二種之法律而研究之。則於歐洲諸國之法律。不難得其梗概矣。

羅馬法及英國法各有優劣。羅馬法之勢力在私法。英國法之勢力在公法。

羅馬帝國滅亡久矣。其震懾世界之軍隊。空留事蹟於歷史。其擴張歐亞之疆宇。徒遺往跡於地圖。其哲人文豪辯士說客所發揮之拉丁語。世人亦復以死語目之。獨至羅馬之法律。經歐洲之暗黑時代以迄今日。而益擴張其系統。傳播其原理者何哉。無他。羅馬法多由成文法而成。各國易於取襲。且制定者。皆法制大家。有以合於法理。適於應用故也。所可惜者。惟偏於形式。且公法上之理論。與近代之思想不合。歐洲各國所承其系

統者。多屬於私法之部分而已。羅馬私法。以債權法爲最備。各國之債權法。殆全承繼羅馬法而成。德人卓母 *Sohm* 曰。羅馬私法。他之部分。尙未達於完全之域。獨至債權法。則可終古無變更者也。此其言豈誣言哉。今也德意志新民法成矣。其基礎雖取法於德國固有法。而實取法於羅馬私法者爲多。英人何特 *Lord Ault* 曰。各國之私法。由羅馬法產出。無異一切邦國。由羅馬帝國產出也。亦可推見羅馬法勢力之大要矣。今試即羅馬私法勢力所及之強弱而分類焉。約爲四種。(一)羅馬法勢力所及之最強大者。如西班牙、葡萄牙、及南美諸國之私法是也。但西班牙、葡萄牙之私法。含有寺院法及封建法之分子。南美私法。則淵源於西班牙、葡萄牙之私法者也。(二)羅馬法勢力所及之稍強大者。如法蘭西、意大利、德意志、瑞典、比利時、荷蘭等國之私法是也。此等諸國之私法。由羅馬法、蠻民法、寺院法、及固有之慣習法混合而成。(三)羅馬法勢力所及之薄弱者。如斯康地那維亞 *Scandinavia* 諸國。即瑞典、諾威、丁抹、俄羅斯等國之私法是也。此

等諸國之私法。專由斯康地那維亞之慣習法而成。且參以羅馬私法者。(四)羅馬法勢力所及之最薄弱者。如英國法。回回法是也。此等諸國之法律。原屬於羅馬法系以外。然含有羅馬法之性質。故亦可謂爲羅馬法勢力所及之範圍。

次即英國法論之。英國法律。非成於制法家之手。而實成於裁判官所行者。多以裁判官之判決例爲據。雖有成文。亦不過持以補充判決例之不備而已。故以成文法例之。不免錯雜襍稜之弊。雖然。亦有其利者存焉。何則。成文法之立也。國家萬機。皆不可不以成文爲據。違背成文。即輕視法律。其弊也有固執不通拘泥不化之勢。若成文法之不備者。從裁判官之裁量。補其缺而救其弊。其究也。得以應時世之程度而酌爲變通。察人情之趨向而用於實際。可無法律固定之憂也。先就英國之私法觀之。英國私法。非世界的。而人種的也。英國人之移住於澳洲北美者。易於承繼此法。而他國則否。無他。人種故也。英國三島海岸綫之延長。交通港之利便。

商業經營。先於他國。故關於商業之商法。發達最早。今日歐洲大陸諸國所行之船舶、會社、保險、手形諸法。大率模範英國商法而成。且英人有撒遜 Saxon 人種之遺風。尊重個人之權利。權利所在。錙銖必爭。國家爲保護權利。故關於不法行爲（即私犯）之法律。亦先他國而成。此英國私法之大概也。更即公法觀之。英國公法。雖亦不免錯雜積稜之弊。然其原理之精深。則不可與私法一例而視。蓋具有世界的性質者也。近世歐洲諸國之憲法行政法。率本英國立憲政體之法理。故英國公法之勢力。不僅北美澳洲垂其系統也。苟爲憲政之國。莫不祖述淵源焉。論述英國憲法者。始於法人孟德斯鳩 Montesquieu 模倣英國行政法者。始於德意志諸國。克路大學教授布洛克哈 Broekhaus 有言曰。孟德斯鳩而後。法人不知英國國家之組織。並裁判之制度。漫然而稱揚之。模擬之。歐洲大陸之政治家。亦不探其本源於英國。漫然取法人所修飾之憲法說。而探究採用之。其實未得英國憲法行政法訴訟法之真相者也。晚年以來。德國學者輩出。英國制

度。研究日精。歐洲大陸各國。始知英國制度精理之所在。至於近日。德意志國。直取英國爲模範。而改良其制度。並本英國之訴訟法。而改正現行訴訟法。自是而英國公法。始發揚彪炳於世界矣。由是言之。今日歐洲大陸諸國之憲法行政法訴訟法等。雖直接淵源於法國。而實淵源於英國。蓋法國亦淵源於英者也。

#### 修法學者不可不知羅馬法及英國法之大綱

羅馬之私法。英國之公法。其勢力所及之範圍。既論之矣。故治法學者。不徒治本國法爲已。是也。且不可不知羅馬法及英國法之大要。不然。無以明其系統而悉其精神也。近時歐洲諸國研究羅馬法英國法者。方興未艾。是豈無故而然者耶。



# 上卷 法學

## 第一編 總論

凡治某種科學。必先明某種科學之性質。法學亦然。近來有以從事法律之實務爲法學者。有以記憶法律之條項爲法學者。此皆不明法學之性質也。故治法學者。以知法學之性質爲急務。釋法學之性質第一。法學之分類。有以研究材料之性質而分類者。有以研究方法之異同而分類者。其以研究方法之異同而分類者。是爲發生諸種學說之原因。凡學者討學派之系統。尋主義之綱領。皆屬於第四編法學學派之範圍。茲所論者。不過分類之大要耳。釋法學之分類第二。至若法學之效用。其大要已詳於緒論。惟由學問上觀察之效用。尙未之及。此編所述者。即指此效用而言。釋法學之效用第三。

### 第一章 法學之性質

## 第一節 法學之職分

法學者。科學之一也。欲知法學之職分。宜先知何謂科學。希臘柏拉圖曰。曰。科學云者。於多數中知得一定則之謂也。英國哲波 Jevon 曰。科學云者。於異中見同之謂也。斯賓塞 Spencer 曰。科學云者。據吾人之理想。由種種之事實。發見普通原理之謂也。三者所解雖殊。要之由同種同類之現象中。求出各種共同之元素則一也。今試放眼而觀。覆載之間。萬象無窮。飛潛動植。晦明風雨。似若錯雜糾紛。而不知所極者。若細爲研究而探討之。未嘗無一定之原理以統御其間。天地之運行也。草木之榮枯也。人性之喜怒哀樂也。社會之治亂興衰也。皆有不易之理循環之道存焉。孟德斯鳩曰。各種之殊異。齊一也。各種之變化。恒久也。可謂至言矣。故曰科學者。由各分科之現象中。求出各種共通元素之謂也。而此共通之元素。是曰原理。或曰學理。欲知此原理學理。宜攷覈各種之現象。本歸納法以求之。非可渺渺茫茫。憑空懸揣者也。其憑空懸揣者。是曰空理。若以空理

爲學理。則有以遺害天下後世者矣。精於學理者。即曰富有學識。學識者。科學上之智識也。科學上之智識。與普通之智識。有不可不分別者焉。普通之智識者。獨立之智識也。科學上之智識者。彙類之智識也。普通之智識。僅釋明單一之現象。科學上之智識。則釋明同種同類之現象者也。例如見果實之落地。而知其爲離枝者。是爲普通之智識。若因之而體察一切落體。且推知爲引力之作用。而必向地心墜落者。是曰學識。是曰科學上之智識。

科學之職分如斯。由是而法學之職分。亦可知矣。法學者。由同種同類之法律現象中。研究共通之元素。而以求得關於法律現象之學識爲目的者也。其共通元素。名曰法理。或曰法學者。法律之學問也。法律者。行爲之準則也。世界萬國。畛域攸分。習俗氣質不同。風土氣候亦異。殊邦異域之間。斷未有施行同一之法律者。且法國巴士嘉 Pascal 有言。正不正云者。因地而異。緯度有三度之差。人定法即無相同之理。比列尼山嶽以南之

正理。移之山北。則爲妄謬。是爲行爲準則之法律。因國體宗教民族地勢之不同。初何嘗有一定之原理存其間哉。易言之。法學不足以云科學也。不過一國固有之學科耳。雖然。法律者。經國家之承認或制定。以爲行爲之準則。其因國情歷史而有異同者。固無容諱。然未聞進化學者之論乎。進化學者曰。社會人事。皆依此進化之法則而進。其進化程度相同之人類。雖所屬異國。而其爲行爲準則之法律。則有大相類似者。若比較各國之歷史觀之。即可證其非誣者矣。即或一國一代。偶有特殊之現象。然此非無共通元素之存。不過因外物之支障而異其反照耳。譬之空氣。傳音聲之媒介物也。然因乾燥潤濕之異。則傳音有大小遲速之差。譬之引力。吸物體之原動力也。然因高低遠近之別。則吸物遂有強弱輕重之異。而此傳音吸引之原則。則終古無以易也。法律現象。何莫不然。雖因歷史宗教風俗國情之不同。有繁簡寬嚴之殊。而其以進化之原則爲基礎。不問今古。不論東西。其揆一也。試即諸國之相續以證明之。始於祭祀權相續。

繼以身分權相續。終移於財產權相續。此變遷之事實。各國皆同。又舉所有物之例觀之。所有之事實。必由物件。所有者。法律之保護。三元素而成。其法律之保護。又必因物件之種類。所有者之行動。而異其性質。此元理亦通諸各國而不變者也。再舉貿易之事以證之。貿易成立。不可無買主。賣主。價值。及合意。諸元素。是賣買亦有一定之元理存乎其間。由是而言。宇宙間之事物。雖紛糾雜錯。森羅萬象。然皆有一定之原理以統御之。可斷言也。古人云。照於墻壁之上。照於山嶽之顛。照於水波之面。雖五光十色。而日輪之光線。原同一也。今乃因偶有不同之故。遂疑法律現象。無共通之原理存焉。殆亦不思之甚者矣。故曰。法學者。科學也。法學之職分。研究關於法律現象之原理也。若單就一國之法學而研究其意義。或通曉先例典故。是非以法學爲科學而研究之方法也。是非法學之職分也。

## 第二節 法學之範圍

科學當幼稚時代。其範圍必極錯雜。屬於範圍而不蒐集者有之。不屬於

範圍而反蒐集者亦有之。法學亦然。古時之法曹。有以道德宗教之事。編入於法學範圍內者。中世而後。以婚姻養子等事。爲宗教上之制度。反不編入於法學範圍之中。至於近世。尙有種種之謬說存焉。此皆法學之範圍不明故也。故述法學之範圍。

### (一)法學者研究法律現象

法學者。以研究關於法律現象之原理爲職分。故法學之範圍。與法律現象之範圍相一致。法律現象之謂何。次章法學條下論之。至於法律現象與他種現象之區別。觀次章法學之位置。可以推測而知矣。

### (二)法學者研究實際之法律現象

凡科學須觀察乎實際。以研究其原理。法學亦然。不可不以實際之現象爲基。如自然法說。如正理說。屏棄實際之法律現象。漫然樹定理。設斷定。而自以爲原理。不知實有以踰越乎法律之範圍。故法學而不本諸實際。未見其可。試舉婚姻之例以明之。觀察婚姻實際之現象。由是現象。本歸

納法。以定某某事項爲婚姻之要件。此洵屬法學之範圍。若不問實際之現象如何。妄信婚姻爲神所命。由此妄信。本演澤法。以定婚姻要件爲某某事項。豈不與法學之範圍相背乎。申言之。法學者。實驗的科學。非先天的學問也。又如非說明實際之法律現象。僅推測將來制定如何之法律。發生如何之法律現象。此亦非法學之範圍。乃由法學而生之效用也。何則。法學者。以謂爲如斯爲範圍。若謂爲不可不如斯。即非法學之範圍矣。且研究制定如何之法律云者。是爲立法學之職分。非法學之職分也。邊沁 Bentham 雖以立法學爲法學之一分科。然立法之際。不可不使社會之需用與法律之現象。互相一致。故研究立法學者。凡經濟現象。政治現象。道德現象。不可不盡取而研究之。非僅以法律現象所能畢事者也。要而言之。法學者。成法之學。非立法之學也。

### (三)法學者研究法律現象之實質及形體

古來學者。往往研究法律現象之形體。而置實質於不顧。其弊也失之狹

而以英之和朗 Holland 爲最。譬有研究人類學者。僅研究骨相學及解剖學。而其心理精神。絕不之及。則有識者必譏其偏而不全。法學亦猶是也。例如取權利之法律現象觀之。其形體不過定法律上人與人之關係而已。若僅研究人與人之關係。而不遡其根源若何。攷其關係若何。究其實質若何。則與研究人類學者之僅研究皮骨解剖者。又何以異哉。

#### (四)法學者研究法律現象之靜狀及動狀

社會之事物。莫不有靜動二狀焉。研究法學者。宜即此二者而討究之。例如前所言權利之法律現象。若僅知其靜狀之實質。而不即所謂動狀之得喪、移轉、變更。及他進化變遷等事而研究之。尙不足以盡法學之職分也。蓋依靜狀之觀察。可以知存在於現象中之共通元素。依動狀之觀察。可以知變化移轉之性質程度。即有以知關於現象之真理也。

由是觀之。法學之範圍。原非一定不易者。經種種之曲折變遷。以至於斯。攷其變遷之由。一因各種科學之進步。法律現象。與他種現象之界限。區

劃分明。而法學之範圍。受其限定。一因實際之法律現象。日漸增加。而法學之範圍。於焉推廣。一因法律現象之形體實質。有進化變更之象。不能無精密調查蒐集之方法。據此方法。而法學之範圍。同時發達故也。

### 第三節 法學之位置

前嘗言之矣。法學一科學也。然則法學在萬有科學之系統上。果占如何之位置乎。此不可不論定者也。原科學分類之法。古今學者。所見各殊。曾無定論。故法學占於科學中之位置。亦不敢遽判爲明確。茲惟就單簡之分類法。述其概畧如左。

科學之職分。在即宇宙間之現象。而採悉其原理。故依現象之種類而分科。則爲物理學、生理學、心理學、及社會學、四種。然此非通科學之全體而分類也。不過因法學之位置。而即其有關係者。爲概括之分類耳。

第一、物理學 凡事物現象中之最單簡者。惟無機物之現象。研究無機物現象之原理。曰物理學。物理學分爲三種。

(A)物質論理學 Objective Logic 就物質之現象。而研究存於物質間之原理者也。

(B)數學 Mathematics 就數量之現象。而研究其原理者也。

(C)理學 Mechanics 就力之現象(即一力作用於他力之上時。而發生變化之現象)而研究其原理者也。更分爲三。

(一)研究各種力獨立而相互之作用。與研究各種力組成一物體之作用。分理學爲狹義之物理學 Physics 及化學 Chemistry

(二)研究力之動狀與靜狀。分理學爲重學 Statics 及力學 Dynamics

(三)研究力所發生之源。分理學爲天文學、地質學、礦物學、電氣學、光學等類。

第二、生理學 較無機物之現象複雜者。爲有機物之現象。研究此現象。

以明生物之構造、作用、發育等之原理者。曰生理學。大別爲二。

(A)生物學 Biology 研究人類以外生物之現象者也。更別爲二。

(一)動物學 研究動物之構造、作用、發育者也。

(二)植物學 研究植物之構造、作用、發育者也。

(B)人類學 Anthropology 研究人類之物質的構造、狀態、及與外物之

關係者也。更別爲五。

(一)形態學 Morphology 研究生物內外部之形態者也。

(二)解剖學 Anatomy 解剖生物內部之機關而研究者也。

(三)組織學 Histology 研究生物構造之形態者也。

(四)胎生學 Embryology 研究生物之發生者也。

(五)病理學 Pathology 研究生物之疾病者也。

第三、心理學 較有機物之現象更複雜者。人類精神之現象也。研究此

現象以明其原理者。曰心理學。別爲四種。

(A)論理學 Logic 研究吾人思想之法則者也。

(B)狹義心理學 Psychology 研究感應、意思、智力、三種現象之原理者

也。

(C)言語學 Philology 研究表出思想之原則者也。

(D)美學 Aesthetics 研究想像之原理者也。

第四、社會學 各種現象中之最複雜者。爲社會現象。社會現象云者。人類組織社會。經營共同生活。由是所生之現象。即社會現象也。其現象之根源。一由於吾人之精神。一在於社會之性質。吾人之精神。與社會之性質相接觸。而後社會之現象。於焉發生。研究此現象之原理。曰社會學。大別爲左之四種。

(A)經濟學 *Economical Science* 吾人之於社會。欲遂其共同生活也。以衣食住爲要圖。故吾人須使社會之外物。服從吾人之意思。以充吾人之需要焉。由是而社會現象中社會之外物。與組織社會之人類。起相互關係之現象。研究此現象之原理。曰經濟學。經濟學者。包括貨物生產、交換、分配、消費等之法則而言也。其法則一部由外界之性

質而來。一部由人類之性質而起。

(B)倫理學 Ethics 人類欲完其共同生活也。非僅衣食住而已。而猶有相互協合之交涉焉。於是乎而個人與個人之間。及個人與社會之間。起協合交涉之現象。研究此現象之原理。曰倫理學。或有以倫理學爲心理學之一科者。是以吾人意思之活動。謂爲自由。而不受外物之擊刺者也。抑知吾人之意思。有似吾人之形體。未有不蒙外物之影響者。良心之所命。即不外社會現象之反響也。故以倫理學爲心理學之一科。甚非確論。不得不謂爲社會現象之一部也。

(C)法學 Jurisprudence 人類若僅營社會之生活。則經濟學與倫理學。實可以應社會之現象而有餘。然文明既開。社會之上。無不加以政治之關係。使營國家之生活。於是乎社會之人類。不但爲社會之一員。生諸種之關係。且因爲國家之一員。亦生諸種之關係。同時國家與他之國家。亦生種種關係。包括以上諸種關係所生之現象。曰法

律現象。研究法律現象之原理。即法律學也。法學之材料。本於國家相互間之關係。或公共團體間之關係。或國家之一員與國家間之關係。非如倫理學。僅以社會之一員與社會間之關係。及社會各人間之關係爲材料者也。

(D)政治學 *Political Science* 人類既組成國家。必有政治。政治之目的。在全國家之生存。故欲達此目的。必使政治之施設。有以應社會之需要。然而社會諸種之現象。非一定不易者。又非各自獨立者。有其變遷進化者焉。有其衝突反動者焉。研究社會諸種現象勢力之原理。兼以明政治與諸種現象之關係。曰政治學。其有論立法之政策者。曰立法學。 *Science of Legislation* 有議行政之得失者。曰行政學。 *Science of Government* 一者皆屬政治學範圍之內也。

由是觀之。法學在科學之系統上。占社會學之一部。可曉然矣。惟是社會現象。人類活動之現象也。人類活動之現象。即綜合人事萬有無窮之現

象也。故研究社會現象之法學。較之研究他種科學者。其難易不可以道里計。且法學與他種之科學。亦豈全無關係者哉。試舉例而證明之。(一)有與物理學相關係者。如法律上之所謂時、處、物、三者。非藉物理學上之原理。不得而釋明之。故謂法律現象中。包含物理現象。無不可也。(二)有與生理學相關係者。如法律上之所謂出生、死亡、自由、瘋癲、白痴、數者。非藉生理學之原理。不得而釋明之。且刑法上據犯罪人之生理現象。以發明法理者不少。故謂法律現象中。包含生理現象。亦無不可也。(三)至法學與心理學之關係。尤有不可須臾離者焉。例如意、思、行、爲、故意、過失、等之術語。皆不外表明心理現象也。且社會之活動。由各人之活動而起。各人之活動。由精神之織組作用而生。故釋明法律現象之精神。不能不藉心理學之力。不言而喻矣。(四)就法學與他社會學論之。其所屬之部類也同。其所取之材料也同。其有密接之關係也。自然之理也。但不過觀察之點不同耳。例如關於財產、契約、私犯、相續、等之現象。原與經濟學相關。關於親族

上及公法上之現象。即與倫理學相關。其與政治學相關者。尤爲密切。蓋政治學。集社會學科之原理而成者也。法學非依政治學之原理。不足以闡明其義蘊。政治學非取法學之材料。不足以綜合其現象。故政治學與法學。尤有不可分離之關係存焉。

#### 第四節 法學與法術之關係

知事物之本性原理者曰學。應用其原理於實際者曰術。學者。體也。術者。用也。曩者嘗論之矣。宇宙之事物。一動一靜。皆有一定之法則。以統御其間。不知其法則。即無以應用於實際。例如熱學。非知蒸汽膨漲之法則。不能有鑿鑿如龍之巨觀。例如電學。非知電氣傳導之法則。不能有鐵線如織之現象。法學與法術之關係。亦何莫不然。知法律之原則者。法學也。知之後應用於實際者。法術也。譬如知權利之靜狀及動狀者。法學也。爲裁判官。爲辯護士。爲法案起草員。爲法典編纂集者。皆法術也。有法學。而後法術得以盡其奧蘊。而日趨於文明美備。雖然。由沿革上觀之。法術固

待法學而完全。而法學則實後法術而發生。蓋學也者。知其事之活動也。術也者。行其事之活動也。行而後知。人事之常。術而後學。學術之理。有製造之技術。而後化學起焉。有治療之技術。而後醫學興焉。故推之法學。亦復如是。無他。古代之社會。其組織也單純。約法三章。即可以治天下。故當時以法律爲事者。或熟精國法之解釋適用。或通曉法律之先例典故。遂可應用而有餘。未嘗有如今日之法學。勢使然也。試徵各國之歷史以明之。凡百學問。原於希臘。然羅馬中世以前。初無法學存焉。不過僅以從事法律之實務者爲法學而已。中國當春秋戰國之世。李悝韓非商鞅之徒。雖唱刑名法術。然亦不過繩之以苛刻。拘之以禁令而已。亦非如今日之法學也。故曰法術先法學而起。要而言之。法學與法術。就本質而言。則法學爲體。法術爲用。就沿革而論。則法術在先。法學在後。更就今日之實際言之。則法術因法學而有進步。而法學亦因法術而促其發達。兩者之關係。有如鳥之雙翼。車之夾輪。相俟而行者焉。

## 第二章 法學之類別

### 第一節 因研究材料之廣狹

因研究材料之廣狹，分類如左。

(一) 一般法學及局地法學 一般法學云者，其研究材料，採於各國各地方者也。局地法學云者，其研究材料，採於一國一地方者也。然材料雖有廣狹之別，而其研究關於法律現象之原理，則無以異。分之爲局地法學，合之則一般法學也。雖然，一般法學與局地法學之區別，亦非無故而然者。蓋法律現象，原因民情風俗習慣而殊。甲地以爲真理者，乙地以爲妄謬者有之。乙地以爲真理者，丙地以爲不宜者有之。試觀英美之法律，與德法之法律異。美國紐育州之法律，與華盛頓州之法律異。故區別爲一般法學與局地法學，亦有由也。

(二) 國內法學及國際法學 國內法學云者，其研究材料，採於國內法者也。國際法學云者，其研究材料，採於國際法者也。國內法者，行於一國

領土內之法律。規定國家與個人、個人與個人之法律關係者也。憲法、民法、商法、刑法、行政法、民刑訴訟法等。皆屬之。國際法者。規定國家與國家之法律關係者也。與國內法之性質。大有差異。

(三)普通法學及特別法學 普通法學云者。以研究普通法爲職分者也。普通法者。爲規定普通法律現象之法規。例如民法對於商法。普通法也。普通刑法對於海陸軍刑法。普通法也。特別法學云者。以研究特別法爲職分者也。特別法者。爲規定特別法律現象之法規。例如商法對於民法。特別法也。海陸軍刑法對於普通刑法。特別法也。要之普通法學及特別法學之區別。因研究材料之法律現象而異。採於一般之法律現象者。曰普通法學。採於一類之法律現象者。曰特別法學。

## 第二節 因研究材料之新舊

因研究材料之新舊。分類於左。

(一)現行法學非現行法學 現行法學云者。其研究材料。採於現行法之

法學也。非現行法學云者。其研究材料。採於非現行法之法學也。現行法者。各國現代所行之法律也。蓋法律因時代而有變遷。故有現行法學。以與非現行法學相區別。是猶牛董 Newton 以前之物理學。與牛董以後之物理學異。歐几里德 Euclid 以前之數學。與歐几里德以後之數學異也。非現行法者。古代之法律也。研究現行法學。固屬重要之事。然溫故知新。在法學亦莫不如是。英國馬印 Maine 之古代法。法國剛蘭治 Fustel de Coulanges 之古代市政論。其所以貢獻於世者。非無故也。

### 第三節 因研究材料之性質

世界日進於文明。法律即日趨於複雜。漢之天下。得以三章治之者。而今非其時也。今也世界各國。皆採立憲政治。新法律之發生也。不知凡幾。故文明國之國民。凡一舉手一投足。無不受法律之羈束。於是乎法學之分類。不得不因材料之性質如何而分類焉。今本此主義。大別如左。

(一)憲法學 有國家之組織。即有國家之作用。國權對於領土人民之作

用。名曰統治。然統治不可無機關。於是而元首、議會、裁判所等。名曰統治之機關。統治機關。當爲統治之作用時。即生立法、司法、行政、等之機能。憲法學者。即研究國家之根本組織及作用者也。

(二)行政法學 元首之施行行政作用也。必待諸種之行政機關。於是乎行政之機關。與行政之作用生焉。綜合行政機關與行政作用之法規。曰行政法。研究行政法之學科。曰行政法學。

(三)民法學 國家不但定人民與國權之關係已也。私人間之權利義務。亦宜規定之。使得其平。如物權、債權。如親族、相續。人民共同生活上所最必要者也。規律此等之權利義務。是曰民法。研究民法之學科。曰民法學。

(四)商法學 民法者。普通法也。對於普通民法之商法。特別法也。商法爲關於商事之私法。即所以規定商人及商行爲之法也。比較普通之法律行爲。其性質及關係。大有差異。或取迅速。或取簡易。是以對於普通

民法。而特定商法一項。研究商法者。曰商法學。

(五)刑法學 法律立矣。有守法之人。亦有背法之人。背法者有危害於國家。故國家必科以刑罰之制裁。科以刑法之裁判者。曰犯罪行爲。然定如何之行爲。始曰犯罪。定如何之犯罪。科以何刑。是爲刑法之範圍。研究刑法之學科。曰刑法學。約言之。刑法學者。以研究犯罪、刑罰及其關係爲目的者也。

(六)訴訟法學 國家以民法商法定私人間之法律關係。以刑法定國家刑罰權與犯罪行爲之關係。雖然。有因特別之情形。而就權利義務之存在及範圍。生民法商法上之爭議者。有因犯罪行爲之如何。而就刑罰權之有無及範圍。生刑法上之爭議者。於是乎訴訟起焉。關於民法商法之訴訟。曰民事訴訟。關於刑法之訴訟。曰刑事訴訟。其定民事訴訟之手續者。曰民事訴訟法。定刑事訴訟之手續者。曰刑事訴訟法。民事訴訟法。在定訴訟之手續。故曰手續法。或曰形式法。若民法商法刑

法等。在定實體之權利義務。故曰實體法。研究此訴訟法者。曰訴訟法學。訴訟法學。亦分爲二。即民事訴訟法。刑事訴訟法也。

(七)國際法學 定獨立國家與獨立國家間法律關係之法規。曰國際法。研究國際法之學科。曰國際法學。國際法既爲國家獨立間之法律。故國際法關係之主體。常在國家。國家。即國際人格者也。國際法與國內法異。蓋獨立國家之上無國家。國家主權之上無主權。因而國際法無立法者。無裁判所。即無與國內法相等之裁判也。學者有據此以論國際法非法律者。如英人阿斯丁 Austin 一派之學說是。不知此當分別論之。如以法律爲主權者之命令。則國際法誠可謂非法律。然法律者。行爲之準則也。既以法律爲行爲之準則。則謂國際法爲法律也。亦無不可。是以多數學者及實際。皆以國際法爲法律之一種。非無故也。但國際法之發達。尙在幼稚時代耳。

### 第三章 法學之效用

## 第一節 實際之效用

法學實際之效用云者。在整理法律之實質。使適於實用而已。蓋法律之立也。雖有學識經驗卓越一世之士。使之擔任立法。必有不能盡美盡善之虞。故補其缺以致其用。不得不有待於法律家。非可盡任立法者之規定也。定法律實際之效用有三。曰鑑識。曰解釋。曰補充。鑑識者。正法律之謬誤也。解釋者。定法律之真意也。補充者。推求法律之原理。增補未規定之缺限也。各種之法律。必待此三種之作用。而後可以盡其運用之妙。惟是當法律運用之任者。不可無法律之學識。若漫然從事。則法律非爲治人之具。反有以爲殺人之具者。是以文明諸國。對於裁判官辯護士等。不得不限以一定之資格也。其資格以有法律之學識爲要件。無他。無法律之學識。即難勝運用法律之任也。

## 第二節 學理之效用

學理之效用云者。齊法律之外形。與以學理之形式也。蓋法令之累積也。

非有貫通之單純觀念。吾人欲記憶而會通之。勢必不能。若與以學理之形式。既有以省記憶之勞。又可以知各種法律關係聯絡之妙。申言之。學理之効用云者。依法學之作用。由同種同類各法律現象之中。求知共通之元理。因此原理。而後萬有法律。皆可以因應推闡而有餘。此其用若有納天地於一堂。縮萬里於咫尺之勢。而爲法學効用中之最重大者也。

### 第三節 立法之効用

立法之効用云者。對於法律之實質及外形。與以改良進步之標準。以爲將來立法之資者也。古來學者。有謂法學爲研究實際之法律現象。若法律將來之關係。非屬於法學之範圍內者。雖然是蓋合法學之範圍。與法律之効用爲一談者也。就法學之範圍論。固不能超越乎實際之法律現象以外。而爲法律將來不可不如斯之談。然就法律之効用論。則固通過去現在未來。皆不可不推及者也。何則。不知過去之沿革。無以明現在法律現象之由來。不省將來之趨勢。難以謀現在法律現象之進步。此法學

所以有立法之効用也。且凡百科學。無不計將來之利益。若以知過去。明實在而止。則其爲効用也亦僅矣。法學亦然。採法理以明現在。察趨勢以計將來。而後法學之爲効用也。始廣大矣。

## 第一編 法學之基礎

草昧之初。人類即立於生存競爭之波瀾中。其後因人文之進步。社會之變遷。而競爭益烈。雖然。競爭固爲人類進步之要因。若放任於自然。人類必有難堪此劇烈之淘汰者。於是而維持尙焉。宗教也。道德也。法律也。皆維持此生存競爭之安全瓣也。惟是宗教道德與法律不同。宗教道德不待政治組織。國家編制而始有。亦不待君主承認。國家制定而始生。法律則必有政治組織。國家編制後而始有。必經君主承認。國家制定後而始生者也。故三者之目的雖一。而其地位則迥有分別者也。雖然。法律必待國家之作用者何哉。蓋國家既自認爲人格者。而又認定公共團體及私人之人格。法律。即明此人格間之關係者也。故國家也。人格也。皆爲法律之基礎也。欲研究何謂法律。先不可不研究何謂國家。何謂人格。不然。二者之觀念不明。法學之基礎不立也。釋國家第一。釋人格第二。

## 第一章 國家

### 第一節 國家之觀念

法也者。國家的現象也。近世之法制。雖有公法私法之別。國內法與國際法之分。然皆不可不待國家之作用。故先述國家之觀念。

#### (一)古時之國家

攷國家之沿革。世界各國。大略相同。曠昧之初。人民集合而成團體者。皆本血族關係。同一系統者。服從最近宗族之戶主。戶主。即所謂家長也。家長有似乎君主。故家族皆絕對立於家長權力之下。斯時除家族團體外。更無別項團體之組織。故一家又有似乎小國之性質。此家之家長。與彼家之家長。互相對峙。又無殊乎國與國之關係也。當此時也。名曰家戶分立時代。

迨戶口漸增。人事日繁。家長與家長之間。爭端不已。於是乃結合多數之家長。以期和衷共濟。內以圖相互之安寧。外以防外族之侵入。而部族團

體生焉。且進而選德行材幹之超常絕倫者。以爲部族長。其各族長有事則爲將帥。無事則歸卒伍。故斯時名曰部族時代。

部族時代。以畜牧爲主。及農業漸盛。遂生重視土地之風。蓋畜牧僅逐水草而生活。農業須有永住之土地也。當此之際。兵馬大權。概歸一人掌握。而君主制之發達。實源於此。其爲君主者。臨御廣大之領土。乃慮鞭長莫及。分其從臣於各地。從臣之被分封於各地者。更使臣屬戍於所領各地。以重鎮焉。由是凡土地皆有君主。凡君主皆有土地矣。所謂封建時代也。封建制度之盛也。從臣之封於各地者。世襲其職。稱曰諸侯。諸侯之臣屬亦各永居於所戍之地。以與中央政府相分離。其爲諸侯者。以武力相競爭。以奢侈相夸難。其視人民也。土芥瓦礫之不若。土地與人民。君主皆以爲一人之私有物。君主之驅使黎民與土地也。與使用一己之財產無異。故斯時之國家。謂爲君主一人之國家也。亦無不可。且各地諸侯。旣以武力相競爭。割據之勢。儼若敵國。而中央政府之權力。早已掃地盡矣。諸侯

中之強豪者。兼併之念。不可遏抑。故爭城殺人之風。迄無寧日。是誠封建時代後半期特有之現象也。

至十五六世紀之頃。歐洲之情形一變。封建之制度衰。國家之主義盛。推其原因。雖複雜多端。要而言之。文學復興及主權論勤王論之影響。原因一也。因人智發達。而改革宗教制度。原因二也。因商工業之發達。而促經濟之變動。原因三也。試即歷史以證之。中央集權之政策。其成功最先者。厥惟法蘭西。蓋法自波丹之主權論出。大聳動法人之耳目。故諸侯之權勢日以微。王室之權勢日以張。雖其後因法國革命之舉動。挫抑法國王室之專制政治。然近代諸國之國是。國家統一之觀念。無不淵源於此。

### (二)近世之國家

近世之國家。承封建制度而來。無待贅述。然由實質上觀察之。國家云者。於一定領土之上。依國權之作用。而統一人類之團體也。故近世之國家。不可不具此三要件。試分析論之。

(一)一定之土地。國家固以集合人民爲要件。惟是今之國家。非如部族時代。可以轉徙於各地者。故必以一定之土地爲根據。學者所以謂國家爲領域團體者。亦以領域之界限。不可一日無也。如彼游牧民族之團體。如彼政社及各種結社之團體。雖有一定之組織。謂爲人類之團體則可。謂爲國家則不可。何也。無一定之領域故也。

(二)人類之團體。土地與人民。爲國家二要素。有土地而無人民。亦不成爲國家。故人類之團體。尙焉。惟斯時之所謂團體者。抽象的觀念也。蓋可稱爲一體之物。有客觀的成獨立之一體。以與外物區別者。又有因場所。時間。行爲等之點。主觀的綜合於統一觀念之下而成一體者。如謂爲一家一室一街一市。謂爲一行爲一射擊一書籍。皆其各部分。綜合統一於某關係之下而成一體者也。然而揚子江之水。滔滔朝宗於海。而揚子江仍不失爲揚子江。近衛隊之兵。年年輪番更換。而近衛隊仍不失爲近衛隊。國家亦然。組成國家之人民。雖有代謝。組成國家之領

土雖有伸縮。組織國家之政體雖有變更。而與國家所以爲國家之團體。毫無關係。其人民代謝。領土伸縮。政體變更。以後之國家。與未代謝未伸縮未變更以前之國家。同一國家也。故曰國家者。抽象的觀念也。

(三)國權之統一 多數之人類。偶然集合於一定之土地。此殖民人與殖民地之關係也。非國家也。何也。無獨立國權之統一也。故國家者。有土地矣。有人民矣。尤不可無國權以統一之。國權所不及之範圍。雖自國之版圖。亦不得謂爲自國之版圖。此學者所以謂國家爲國權之勢力範圍。有由然也。雖然。於一定之期間內。對於版圖之某部分。有不能行使國權者。此不可與國權之喪失同一而論。試舉例以明之。方今歐洲各國。在中國之版圖內。皆有治外法權。然不可即謂爲中國國權之喪失。何則。其治外法權之區域。雖期限有逾百年。苟條約之期限既終。則其區域仍不失爲中國之版圖也。其可謂爲國權之喪失者。如臺灣之割於日本。因戰爭之結果而易其版圖者是也。

由是而言。國家者。以一定之領土爲根據。依國權而統一人類之團體也。此團體於組織團體之各個人生存以外。而爲獨立之生存。試徵之國家之意思。非必依國民大多數之意向。國家之作用。非必綜合人民全體之作用。可推知其故矣。此種事實。無論何人。不得斥爲虛妄。因有此事實。則法律遂不能不認國家有獨立生存之目的。且進而不能不認國家爲有人格。然則法律果認國家爲有人格乎。此不可不細爲論定者也。

考各國之國法。未聞有以成法之明文。規定國家有人格之制。是則國家人格之說。事實也。非法之所公認也。曰不然。因家之人格。不待法之明文。即依法而知之者也。何以言之。觀之國法上及國際法上。不嘗以國家爲法律關係之主體乎。若謂爲國家無人格。則規定國家相互關係之國際法。及國家與臣民關係之公法。其將何以解之。且國家與臣民之關係。若以爲事實之關係。則已非法律上之關係矣。既非法律關係。所謂公法者。果何由而存立耶。不但此也。如派遣使節、宣戰、媾和等類。若不認國家有

獨立人格。又將何以解之。由是言之。國家之有人格也。無待贅言矣。然則人格云者。何謂也。曰人格者。爲法律關係主體之能力資格也。法律關係俟法律而始生。人格亦待法律而始有。人格者。法律之所創設者也。私人之人格然。國家之人格亦然。事實之國家。存於法律以前。人格者之國家。生於法律之後。國家承認法律或制定法律。同時又自以法律。規律自己之行動。即國家者。於法律圈內。爲一單位而活動者也。故法學上不可不以國家爲人格而論之。

國家爲獨立人格者之觀念。唱者甚早。中世意大利學者復主張之。第十六七世紀之頃。和者益多。迄於近世。始爲定說。雖然。亦有碩學巨儒加以非難者。如查德及波倫哈克輩是也。惟是查德之所謂國家。具象的物質的觀念也。指君主所統治之國土及臣民爲國家。故其所謂國家者。法律關係之目的物。非法律關係之主體也。與我之所謂國家者不同。其謂爲無人格也。無足怪也。查德一般國家論綱要四頁及巴威里國法學第一卷三五二頁以下至波倫哈克之所謂國

家亦具象的國家觀念也。以君主自身爲國家。故自然人之君主有人格。團體之國家。不過治者對於被治者之法律關係也。故無人格。此說與我所謂抽象的國家觀念。亦相去甚遠。其謂爲無人格也。亦無足怪也。波倫哈克一般

國家論第一篇  
第一章一三頁故攻擊之論。究不足以非難國家之人格說。

## 第二節 國家與公共團體之區別

國家設置中央機關之外。更區劃全國爲大小區域。設立諸種機關。以爲行使國權之便。如府、縣、郡、市、町、村之類。以及附屬之各機關是也。此府縣郡市町村之分割。不但爲行政區劃而止。且有獨立人格者。名曰公共團體。公共團體之機關。爲團體自身之機關。非國家直接之機關也。即非受國家之任命。而公共團體。爲代表自己之意思所設之機關也。公共團體。爲權利之主體。有獨立之人格。故對於國家。對於他之公共團體。對於團體員。皆有公法上之法律關係。且可對於團體員而行命令權。雖然。但不得有妨國權之自由行動。故國家直接間接。皆可加以監督權者也。

如上所論。公共團體。與國家同。有獨立人格。有命令權者也。然則國家與公共團體。究如何而分別之耶。學者有以命令權之性質而區別之者。其說曰。國家所有者。固有之命令權也。公共團體所有者。由國家傳來之命令權也。即公共團體。雖有命令權。究由國家所委任。不過於委任之範圍內。得行使其權力而已。或有以目的之性質而區別之者。其說曰。國家與公共團體之區別。不在權利而在目的。公共團體之目的。在營地方之共同生活。及充隣近地域之共同需要。國家之目的。在謀國民全體之利益。又曰。國家之目的。囊括萬有。故有無窮之作用。無限之權力。若公共團體。其目的僅在一地方之利害關係。其權力僅及一地方之共同利益。故其目的與權能。不能如國家之漫無限制。又有以國家與公共團體之區別。不當求之國法而當求之國際法者。蓋謂爲國際法上法律關係之主體（即人格者）者。國家也。其不能爲國際法上之人格者。即爲公共團體。或又曰。國家當行使國權也。設直隸之官府。又設公共團體。與以獨立人格。此

兩者雖皆爲國家之行政機關。然一爲直隸國權之機關。一爲有獨立人格之機關。故其性質迥異。予則從最後之說。故國家與公共團體之關係（二）公共團體與官廳相輔。而爲國家之行政機關。（三）公共團體。雖於國家以外有人格。有命令權。然人格爲國家所創設。命令權爲國家所授與。非自體固有者也。於是而國家與公共團體之關係。可曉然矣。

### 第三節 國家與社會之區別

多數之人類。由結合之初言之。原無歧異。然就其成立之先後言之。社會成立。必在國家成立以前。國家成立。必在社會成立以後。易言之。國家成立之時。必有社會。社會成立之時。未必有國家也。希臘亞里士多德 *Aristoteles* 曰。社會之進步者爲國家。其言洵非誣也。雖然。組成國家之個人。全爲組成社會之個人。組成社會之個人。大半爲組成國家之個人。故社會與國家。往往有視爲爲一體者。二者之區別不明。法學之思想以晦。故不可不即二者相異之點。概括言之。

(一)個人之界限 爲國家要素之個人。宜有國籍於國土之內。然爲社會要素之個人。無論其國籍何屬。皆得爲社會之一員者也。是以國家之範圍。以國權所及之區域爲界。社會之範圍。不必以國權所及之區域爲界者也。現今如經濟、慈善、學藝、宗教等事。有甲社會之一部。與乙社會之一部。互相結合者。不一而足也。

(二)結合之關鍵 結合之關鍵云者。個人互相結合。組成社會及國家之鈴束羈絆也。即國家與個人。因法律關係而成立。故國家認爲必要之際。得於其權力之範圍內。或發命令。或命禁止。然社會與個人。因道德而結合。非因法律而結合。故無論如何。不得發命令或禁止。但由社會之一小部分成立之團體。有時對於團體之內部。而發有効力之命令或禁止者。然此不得與國家之命令禁止相混淆。蓋國家之命令禁止。對於社會全體有効力者也。

(三)行爲之裁制 國家與個人。因法律關係而結合。非因道德關係而結

合。既論之矣。故有爲暴戾之行爲者。國家可施強制權以裁制之。而社會則不然。以無強制權。故不能加以裁制也。惟有激起一般之輿論。使之反省耳。

(四)統一之現象 國家之外形。雖有分割爲無數小部分之勢。然必有相互之脈絡以統一之。如德意志聯邦。如北美合衆國。皆有統一之權力者也。社會不然。雖有多數人之集合。究不能望其統一。此所以謂國家爲人格者。而社會則非人格者也。

社會與國家之區別如斯。故放任於社會之行爲。與受國家監督之行爲。其種類性質皆異。即國家之動作。惟對於個人之外部關係有效力。社會之事項。其効力及於個人之內部關係。且有法律之力不得而鈐束之者。社會足以道德維持之。或有認法律有萬能之効力者。謂制定法律。不問如何事項。皆可命令禁止之。此蓋不知社會與國家之區別。不足怪也。雖然。組織國家之個人。即爲組織社會之個人。國家與社會。有密切之關

係存焉。國家當參酌社會之希望以定其行動。社會亦當明輿論之趨向以輔助國家。而後國家與社會其關係益切。其基礎益固矣。世人動以英國爲立憲國之模範。所以然者。蓋以英國之國家以社會爲基礎。其國家與社會有互相調和之勢焉。專制政治之國。國家之意思。非爲社會之意思。社會之意思。無與於國家之意思。即或明君在上。稍採社會之意見。以定施政立教之本。然偶然而非必然也。是以欲求國家與社會之調和者。非與參政權於人民。使下情得以上達焉不可。雖然。亦有難言者也。世界參政權之最廣者。莫共和政治若。而共和政治。亦時呈社會與國家不調和之現象。試即北美合衆國及法蘭西觀之。北美合衆國。當民主黨或共和黨之一方。握有政權也。其屬於握有政權之黨派。誠與國家相調和而無所異議。若不屬其黨派者。未嘗不飲恨吞聲。以待大統領改選期日之至。甚且衝突之事。時有所聞。是其調和者爲社會之一部。更有一部之不调和者在也。又即法國言之。法國之共和政治。其不能使國家與社會相

調和。有昭然若揭者。自千七百九十三年。廢君主政體採用共和政體以來。其改革政體也。凡三。若使共和制善。足以調和二者。又奚用此反覆之變更爲哉。由是言之。國家與社會之相調和與否。不徒關於政體之何如。尤有精神存焉。是在施政者立法者之用意何如耳。

## 第二章 人格

### 第一節 人格之觀念

法律者。規定人格者間之關係者也。故人格之觀念。與國家之觀念。同爲法學之基礎。攷人格之名辭。原與世俗所謂彼失人格「予疑彼無人格」之人格二字相當。然就法律上之觀念言。人格云者。爲權利義務主體之能力也。人格者云者。此能力之主體也。對於權利而爲權利之主體。對於義務而爲義務之主體。皆人格者之謂也。法律上之所謂人。即指此人格者。惟是世俗之所謂人。指吾人人類而言。即具有肉體之自然人也。而法律上則於自然人以外。尙認有人格之法人。是法律上之所謂人。與生理上

之所謂人。其意較廣。然自他方面觀之。亦有生理上名之曰人。而法律上不得名之曰人者。例如奴隸。無權利義務之能力。皆以物品視之。鮮有以人目之者。是法律上之所謂人。與生理上之所謂人。其意較狹也。由是言之。法律上之所謂人。不問生理組織之如何。而惟就法律關係之主體以定之者也。不能為法律關係之主體者。不得謂之人。能為法律關係之主體。始得以人名之。然自奴隸制度廢止以來。苟具有自然人之資格者。無不認為法律關係之主體。是以近世之法制。為避其用語之混淆。特稱自然人曰人。其自然人以外而為法律關係之主體者。名曰法人。日本民法亦然。至於商法上之所謂商人。自然人無論矣。而法人之會社。亦含其中。要而論之。人格云者。為權利義務主體之能力也。人格者云者。此能力之主體也。無此能力。無權利義務。權利義務之所在。即此能力之所在也。無此能力之主體。不能享權利負義務。其享權利負義務。即以人格者為歸屬也。法律定權利定義務。必同時定人格。故人格俟法律而始生。法律以

前無人格。法人之人格然。自然人之人格亦然。法律以前之人類。事實上之人。非人格者。猶之法律以前之國家。事實上之國家。非人格者也。學者有以人格者之謂。爲法律關係之主體。非權利義務之主體者。其意蓋以人格云者。對於他人。生法律關係之能力也。故以法律關係之主體爲人格者。不知其說似異而實同。法律關係者。權利義務之關係也。法律關係之主體。即權利義務之主體也。是何可歧而爲二哉。學者又有以人格解權利能力。以人格者解權利主體者。蓋權利原與義務相對待。故近世之法制。僅以權利爲本位。予亦從此說焉。

## 第二節 法人之觀念

人格之觀念。及法律上之所謂人。不僅限以自然人。既論之矣。其有非自然人而能有權利主體之能力者。是曰法人。法人即自然人以外之人格者也。攷法人何自而昉哉。蓋人生之目的。複雜多端。當其營生活也。固有一人之力所能爲之事。然一人之財力有限。事業之煩劇無窮。若欲以一

人之財力。以因應天下無窮之事業。其勢必有不濟。且因人文之發達。社會之進步。其事業之性質亦變。有須擴大之圖謀者。有須永久之經營者。是非集多數人之資財。合多數人之力量。以從事焉不可。於是乎有共同組織。有財力集合。法律對於此共同組織及財力集合。認爲有獨立生存之目的。使與個人之行動相分離。而爲獨立之人格者。法人之生。即由乎此。如國家、如公共團體、如商事會社。皆本此理由而結爲法人者也。公法上之法人（國家以外）曰公共團體。私法上之法人。成於人之團體者。曰社團法人。成於財產之集合者。曰財團法人。法人有法律上之人格。與自然人無異。故自然人也。法人也。在於法律上爲同一之人格者也。爲自然人人格基礎之吾人人類。原屬自然界之生物。存在於法律以前。爲法人基礎之人團財團。亦存在於法律以前。雖然。人類與人團財團。雖皆存於法律以前。而其人格。則必待法律而始有。無法律。無人格。例如奴隸制度時之奴隸。無人格。其有人格也。則必待有奴隸廢止之國法後。又如人團財

團。非必盡有人格。其有人格也。亦必待有法律規定之後。故曰人格俟法律而始有。即人格爲法律之所創造也。自然人有然。法人亦有然。

學者有謂法人爲權利之主體。人格者爲出於法律之擬制。其意以爲法律及權利。僅爲自然人而存在。法律雖有時而認法人。究因社會之必須。出於假想以擬制於自然人者也。雖然。前嘗言之矣。法律上之所謂人。不僅自然人也。法律及權利。亦不僅爲自然人而存在也。故法人之人格。亦如自然人之人格而實在。既曰實在。決非出於擬制也。可知。又有謂法人之人格。非出於法律之創設。且非出於法律之擬制。當人類營公同生活時。發生於自然。且存在於自然者也。法律不過認定其權利。付與其人格而已。是與自然人之存在於自然者無以異也。雖然。爲法人基礎之人團財團。存在於法律以前。但人團財團也。法人之基礎也。非法人也。法人之基礎。固存在於自然。法人決非存在於自然。蓋法人必有待乎法律也。此說以法人之基礎與法人相混同。其謬誤不攻而自破矣。

## 第三編 法學之小史

凡曰科學。皆有變遷。攷厥源流。是曰歷史。法學亦然。有沿革存焉。夫研究法學學派之系統。討論學說之推移。以及某學說學派興於何時。唱於何人。行於何國。次編學派編（第四編參照）釋明之。然欲學派之趨向。必先知法學之歷史。不知歷史。即無以知其學派。故是編略述上古、中古、近古、近世、法學之小史。以爲討論法學學派學說者之一助云。

## 第一章 古代之法學

古代法律未備。法學亦微。自然之勢也。及希臘羅馬之盛。而後法學興焉。以發達之先後言。羅馬實後於希臘。希臘之文明。悉以學術思想爲基。一時如柏拉圖、亞里士多德輩。皆以哲學名家。竭力研究法理。所著關於法律之書。實爲羅馬法學之先河。羅馬之法律思想。大率淵源希臘而來。攷羅馬之盛也。前有十二銅表。後有茹斯底年帝之法典。其間經九百八十

四年。不特法律臻於完備。而法學亦洵極一時之盛。就其學派變遷之蹟。攷之。當帝政時代之初期。有拿柏鄂 *Tabeo* 及嘉弼鐸 *Caprio* 二人。各樹一派。出於拿柏鄂之門者。有布洛克爾 *Proculus* 出於嘉弼鐸之門者。有沙秉士 *Sabinus* 於是二派之門戶益分。攻擊益甚。厥後數百年間。黨同伐異。相爭不已。然而使法學爲一學術以研究之者。二派之功。實不可沒。次之有五大法曹出。五大法曹者。即嘉幼士 *Gaius* 帕弼利安 *Papinianus* 威弼安 *Ulpianus* 頗爾士 *Paulus* 摩德惕士 *Modestinus* 是也。茹斯底年帝之法典。係由此五大法曹編纂而成。其時當中古之初期。距今約千四百年云。

由是言之。古代之法律及法學。實淵源於希臘。即羅馬制定十二銅表之際。亦嘗派遣委員。攷究希臘之法律。然而古代法學之發生及其大成之名譽。不歸於希臘而歸於羅馬者何哉。無他。其使法學研究之方法。歸於學術之途者。羅馬也。試觀古今東西。在法學界中。其發明有以逾於羅馬者乎。無有也。况至近世。英法德荷諸國。雖碩學輩出。而其源何一非取法

於羅馬。即謂近世法學之基礎。根據於羅馬法學也。亦無不可。此所以法學發生及其大成之名譽。不歸希臘而歸羅馬也。

## 第二章 中古之法學

盛衰倚伏。大勢所趨。羅馬帝國之亡也。其達於全盛之羅馬法學。亦與兵馬倥傯之暗黑時代。同歸湮沒。其能轉此劫運。使復流傳於後世者。厥維意大利之註釋學派是賴。在第十二世紀之初至第十三世紀中葉。此派學者。開講筵於波洛尼亞大學。討究羅馬法律之章句。註釋羅馬法律之全典。孜孜矻矻。惟日不足。一時勢力所及。歐洲各國。靡然從風。其負笈遊學於波洛尼亞大學者。踵相接。而尤以德法諸生之來者爲最。故註釋學派。謂爲掌握當世法學之實權也。可謂爲引導後世法學之津梁也。亦可其爲此派之先驅者。首推伊臬尼猷 *Inerius* 氏。伊氏當十二世紀之初。起大學於波洛尼亞。肇開註釋學派之基。次之有布爾嘉 *Bulgarus* 馬爾惕 *Martinus* 二氏。生於十二世紀之中葉。皆出伊臬尼猷之門。而爲當時學者

中之錚錚者。繼而有雅科布 Jacobus 佛果 Hugo 輩。聲名籍甚。十三世紀之初。有阿卓 Anzo 出。阿卓以偉大之理想。雄渾之文章。爲斯學之教授及著述家。故其議論識見。推倒一世。及第十三世紀中頃。阿克傑 Acorius 蒐羅註釋學者所研究之結果。類集成冊。垂示方來。於是而註釋學派。始告終矣。攷註釋學派之功業。就羅馬法律全典之順序。逐句逐章。從事解釋。其有類似者。則使前後相貫通。其有矛盾者。則附調和之意見。對於羅馬法律。其功誠不可沒者矣。惟於羅馬古代之歷史。忽略觀察。不免尙留遺憾焉。

註釋學派之衰也。有所謂後註釋學派興焉。後註釋學派者。研究羅馬法律之精神。攷覈中世意大利之情況。冀以應用於實地者也。雖從事章句之註釋。與前註釋學派相同。然揭定義論區別。記原則。粉飾其文章。發揮其精神。不若前註釋學派之枯燥寡味者矣。故此派之功。洵有使法學近於實用之妙。非徒爲解釋記誦之勞而已也。攷此派學者。當十三世紀之

末葉。有鳩蘭亭 Durantis 著「法鑑」 Speculum juris 一書。趨重實際。迨第十四世紀中葉。有沙蘇佛蘭 Bartolus de Sassoferrato 貢獻於法學界者甚多。惜不幸而夭。當十五世紀之初。有鄔巴狄 Baldus de Ubaldis 令名嘖嘖。至後馬里士 Jason Mainus 出。實爲後註釋法學派之殿。其時蓋當第十五世紀之後半至十六世紀之初云。

### 第三章 近世之法學

洎乎近世。法學蔚然勃興。德法英荷諸國。碩學名儒。互相競爭。故法學至於今日。洵可謂發達者矣。試稍述其沿革如左。以資攷證焉。但所謂法國法學。荷蘭法學。德國法學云者。不過以諸國爲法學之中心。故冠以如斯之名稱。非別有特殊之原因也。

(一) 法國法學之勃興 法國法學之勃興。始於第十六世紀。當時歐洲文化大進。古學復興。而法學遂別開生面。且史學哲學。亦日馳千里。皆足供法學之取材。於是法國學者。遂得以爲近世法學之先進焉。攷法國

法學之起源實始於哲學家布德士。Budans 布氏首著潘德克帖釋義。Annotaciones ad Pandectas 以示法理及沿革註釋之模範。但布氏之功績尚不足以比肩於阿細亞條士 Alciatus 也。阿細亞條士生於意大利之米蘭。Mirano 幼甚聰穎。業成。掌教於愛巴林。Avignon 法蘭西王佛蘭蘇 Francois 一世聞其名。禮聘之。建立法科大學於布爾機。Bourges 使之薰陶諸生。於是法國之法學大興。有名之法學者輩出。及阿細亞條士之去布爾機也。有鳩亞烈士 Duarenus 巴洛 Baro 之徒。首倡純理法學。其與鳩亞烈士及其門弟多廉士 Donellus 樹對抗之旗幟者。有克雅修士。Cujacius 克氏往來於布爾機者四次。其他諸大學之來徵聘者。亦絡繹於途。氏素鼓吹註釋法學。其在多羅斯 Toulouse 時。曾集多數之學生。大開羅馬法之講筵。故後世奉爲沿革法學之鼻祖云。多廉士 Hugo Donellus 者。反對克雅修士者也。嘗負笈於多羅斯及布爾機。親聆鳩亞烈士之講述。其名譽亦甚嘖嘖。因有嘉布因 Calvin 派之信仰。不得已

而去故國。歷遊德國之哈德堡 Heidelberg 及荷蘭之來頓 Leiden 等地。盛開講壇。鼓吹純理法學。更著有羅馬法註疏 *Commentarii Juris Civilis* 以行世焉。其繼鳩亞烈士及克雅修士而起。擅盛名於法國法學界者。爲穆蘭 Du Moulin 氏之出也。適值法國法學之黃金時代。而氏實爲統御此時代法學界之巨擘云。不幸以文字賈禍。離棄故國。東西奔馳。歷應德意志瑞士諸大學之聘。而席不暇暖矣。

由是觀之。法學法國之隆盛。實在第十六世紀之頃。當時之布爾機及多羅斯。無殊乎昔日之波洛尼亞也。降至第十七世紀。雖有波德安 Bandouin 何鐸曼 Hofmannus 郭託甫列德 Gottfriedus 發伯爾 Faber 美利流士 Merillius 之儔。諸學者接踵而起。然多因宗教信仰不同之原因。或遭殺戮。或被放逐。於是法國法學之名譽。漸衰微矣。其後荷蘭法學代興。遂承法國法學之後。稱霸於世界焉。

(二) 荷蘭法學之勃興 荷蘭法學。自十七世紀之後半。承法國法學衰頹

之後。遂執法學界之牛耳。迨至十八世紀之末葉。德國法學興。而荷蘭法學亦漸衰矣。

攷荷蘭法學之起源。當千五百七十五年。創設來頓大學。其時法國之多廉士。以爲耶蘇新教徒之故。被逐於法。荷蘭聘之。使當來頓大學教授之任。於是大開荷蘭法學之端。其後又創設烏的利克 *Delft* 以下諸大學。研究之盛。遂爲歐洲法學之中心。其時學者則有辜樂修 *Grootius* 傅英流 *Vinnius* 修伯爾 *Elber* 威聖伯 *Wissenbach* 費鐸 *Voet* 諾鐸 *Noodts* 薛琴格 *Schulking* 賓客學克 *Byrkershoek* 之儔。而尤以辜氏之博學宏才。爲當時法學界之最。辜氏不但精於私法已也。又搜集古來之法律觀念。並各國之慣例。而著平時及戰時條規。於是遂有「國際法之父」之稱。當來頓大學及烏的利克大學之盛時。德法諸國之學子。皆負笈來遊。其後因革命之風潮。紛至沓來。而荷蘭法學。遂不能如昔日之盛矣。要之荷蘭學派。雖不一致。而以屬於沿革法學派者爲多。

(二)德意志法學之勃興 德意志法學興於十八世紀之末葉。就其沿革攷之。當十五十六世紀之間。輸入羅馬法於本國。所謂繼受時代也。其時有哈洛安德 Holander 芝舊士 Zasius 之徒。本史學及原語學以研究法學。更有威聖伯。至德意志威敦堡。垂惟授徒。於是而孔林 Conring 嘉爾勃卓甫 Carpov 等相繼輩出矣。迨十七世紀。孔林主張編纂德國法典。于七百九十四年。卒實行之。腓勒特力大王 Friedrich der Grosse 之編纂普國州法。實源於此。至十八世紀。德國法學。臻於極盛。其時學派之趨勢。亦分爲二。即自然法學派與沿革法學派是也。自然法學派。興於十七世紀之末。亘於十八世紀。首先提倡此學者。爲妥馬舊士 Thomassin 妥氏於哈列 Halle 大學盛鼓吹之。且由此派之起。而研究羅馬法者。日有進步。蓋因自然法學派與羅馬法有因緣關係者。甚不少也。其後沿革法學派興。自然法學派。漸歸衰頹。沿革法學派者。起於十八世紀。而盛於十九世紀。此派固以墨哲 Moser 福果 Hugo 等爲之魁。然

集其大成而與以定形者。則必歸功於查畢尼 Savigny 氏。查氏曰。法律者。歷史之產物也。民情之反映也。非人所思索而得者。故不可不重沿革。雖然。十九世紀之後半。步林志 Brinz 威德夏德 Windscheid 伊耶陵等諸大家。雖屬沿革派法學之學者。然不偏重沿革法學派之歷史。亦嘗獨抒己見。以探法理之精微。故能使德國法學。益放光輝。是不拘泥沿革法學派。而其功轉有以盛於沿革法學派也。此外尚有浦塔 Puchta 哈塞 Hase 薛拉德 Schrader 克列 Keller 別徑 Bocking 司琴正 Shintzing 等。皆屬此派。且就當時考之。其與沿革法學派相頡頏者。尤有純理法學派。純理法學派與自然法學派。稍異其趣。其爲此派之泰斗者。首推德意志之齊波 Thibaut 齊氏於哈德堡大學。主講席者數年。力唱德意志法典編纂之必要。以與查畢尼相爭論。故其名譽日高。其後繼此而有聲者。有維特 Wachter 范格洛 Vangerow 赫格 Hege 甘士 Gans 布倫士 Bruns 等。但布倫士之後。遂有日傾於沿革派之勢云。

上所陳述。專涉私法。至於公法。尙未及焉。試畧述之。當第十六世紀。自法國之波丹 Bardin 輩。論主權之觀念而後。於是而德國有萊因經 Reinking 利本流 Rimanns 等接踵而起。且英國之政體。因孟德斯鳩等之研究。大陸學者。欲使英國制度。輸入歐洲。於是。有法國革命。德國建國。歐洲諸國之憲法。莫不取英爲模範。是爲公法之淵源。惟是英國公法制度。善於各國。其勢力所及。亦不讓羅馬私法之勢力。而不能於法學史上大擅名譽者。何也。蓋英國學者。不知學術的研究之方。一任自然之發達。且其精妙原理。亦必待他國學者之發揮而始知之。而碩學名士。亦不數覩。此所以不能於法學史上大擅盛名也。至於近世。公法之基礎大固。推其原因。不可謂非斯丁 Stein(奧)拿班德 Laband(德)等研究之力也。

要而言之。自然法學派全盛之時也。公法學者及私法學者。靡然從風。是以十七八世紀之際。辜樂修 Grovius 霍布士 Hobbes 科克道 Cocceij 浦匪德福 Pufendorf 安馬舊士 Thomasius 鄂福 Wolf 等之講民法、憲法、刑法、國

---

際法也。靡不本自然法以釋明之。然時代之風潮日殊。學界之趨向亦異。降至第十九世紀之後半。及第二十世紀之初期。學者不復重自然法。故公法私法。有歸於成法主義所統一之勢。是則公法之變遷也。

## 第四編 法學之學派

法學因研究之方法不同。學派遂歧。其研究方法。有本諸信仰 Faith 者。有本諸理想 Reason 者。有本諸感覺 Sense 者。其以信仰爲研究之標準者。以神法爲法律之根元。法理研究之基礎。即在神法。是曰宗教法學派。Theological School 其以理想爲研究之標準者。以法理研究之基礎。在於理想。是曰理想法學派。Speculative School 其以感覺爲研究之標準者。以法理研究之基礎。在於實際之法律現象。是曰實驗法學派。Empirical School 宗教法學派及理想法學派。所採之標準雖異。然皆由一定之基礎。演繹之以達其目的。故合稱演繹法學派。反之如實驗法學派。由實際之法律現象。歸納之以達其目的。故稱歸納法學派。演繹法學派。採先天的研究方法者也。歸納法學派。採後天的研究方法者也。近世學者。多排斥先天的研究方法。趨重於後天的研究方法。故定理妄斷之弊。日以希。茲略述各

派之變遷如左。

### 第一章 宗教法學派

法學派中之最古者。曰宗教法學派。蓋古代君主。既以兵力平定天下。欲統一未開之人民。非借宗教之迷信。不足以駕馭之。故當時之宗教。即爲當時之法律。神明之冥罰。即爲法律之裁制。如馬尼之法典。摩西之十戒。穆謨默德之經典。皆本神意制定者也。學者如希臘之柏拉圖 Platon 德摩斯底尼 Demosthenes 及羅馬之西士羅 Ciceron 亦莫不含有宗教之性質。惟是上古之時。神學派雖已萌芽。可謂真正學派者。究未發達。故真正宗教法學派。實起於中古。中古之時。學者唱法教一致之論。就神學之原理。明法學之原則。所謂以神學者而兼法學者也。其中最擅名譽者。爲聖奧古士丁 St. Augustinus 及渥奇拿士 Aquinas 二人。聖氏曰「正義者。敬虔也。法律者。正義也。」渥氏曰「公利民福。神所命也。」泊乎近世。因法國革命及自然法之反動。德法意諸國之間。神學派之勢力更振。斯時如波拿爾 De Bo-

nald 馬士特 De Maistre 哈烈 Haller 司塔 Stahl 等皆謂法律權利悉出神意。持之以反對自然法學派之說。然及耶蘇舊教勢力之衰。此派之勢力亦歸衰微。現今除回回教諸國外。殆無主持是說者。

## 第二章 理想法學派

理想法學派者。就法律現象。認有自然之原理原則。本此原理原則爲基礎。而研究法理者也。其所本之原理原則。謂存於實際之法律現象以外。因吾人之理想。可以推闡而得。故由哲學上之理論。先求此原理原則。而後演繹之以明法理。是即此派之宗旨也。其原理原則。因學者附以自然法之名稱。故亦稱此派曰自然法學派。攷此派之自樹一幟也。在十七世紀之頃。當時如荷蘭之辜樂修。英之霍布士。皆唱自然法。謂人定法背乎自然。不爲良法。欲期天下盡爲良法。必以自然法爲則。其後浦匪德福及安馬舊士。鄂福等繼之。於是歐洲學者。靡然從風。忽有全傾於自然法學派之勢。德法之間。唱和尤力。洵可謂斯派之黃金時代矣。至赫格之純理

法學派。辜樂修之人性法學派。皆不外斯派之變形耳。

應用自然法於政治者。以法之盧騷 Rousseau 爲始。蓋當十七世紀之際。歐洲各國。君主豪族之塗炭人民者。不可勝言。而尤以法國爲最。盧騷積不能平。發憤著民約論。鼓吹自然狀態之美善。以斥國家及法律之僞。由是而法國革命。於焉煽成。但法國之革命也。雖有舊弊刷興之功。然不免過於激烈。世人厭之。其反動也。遂使助長革命之自然法。價值日減。其後宗教法學派及沿革法學派興。自然法學派之勢衰矣。及宗教法學派衰。實驗法學派興。而自然法學派之勢更衰矣。迄於今日。不過僅保其殘喘而已。茲將此派之源流。略述如左。

(一)自然法學派 自然派者。認有自然法存於宇宙之一派也。此派之所謂自然法。指人類自然之狀態所行之法而言。即建設國家以前所行之法是也。組織國家以後。依人爲所定之法。爲人定法。非自然法。且論斷人定法。須以自然之原理爲標準。適合自然法之人定法。目爲良法。

背馳自然法之人定法。斥爲惡法。例如人類自然之狀態。無尊卑之分。亦無束縛之制。故平等自由。適合於自然法。因而人定法。必以自由平等爲基礎。自然派之主旨。即研究此意義之自然法。以明法理者也。溯此派之發生。源於中古。因與耶蘇教之學理共興。故始而以神學的見識解釋之。第十世紀之初。荷蘭之辜樂修出。排斥神學的見解。附以哲學的見解。大旨謂自然法者。人類所以爲人類自然性質之法也。於是而人性法學派。自成一家。其後歐洲諸國。君權強大。專制之弊。流毒日深。其反動也。遂生社會契約說。契約說謂締結組織國家之契約。而營國家生活以前。人類自有營社會生活之時代。行於社會時代之法。曰自然法。此派萌芽於霍布士。而大成於盧騷。及實驗法學派興。契約之說。失其根據。迄於今日。鮮有道之者。

(二)純理法學派 純理派亦曰心理法學派。其認自然法之存在也。與自然法學派同。但此派之所謂自然法。非指人類自然之狀態所行之法。

而言。蓋謂可爲人定法之基礎者。有萬古不易之大原則存焉。自然法即指此大原則而言也。所謂大原則者。依吾人之理想而知。理想者。原則之母也。適合於此原則之人定法。目爲良法。背馳於此原則之人定法。目爲惡法。純理派之主旨。即研究此大原則以明法理者也。此派學說。發源於希臘。如柏拉圖。如亞里士多德。皆本理想而論法理者也。羅馬之西士羅亦然。降至十八十九世紀之際。此派最盛。繼因實驗法學派興。其勢稍衰。後德意志之赫格復興之。迄於今日。其屬於此派之法學者。尚不乏人云。惟是純理派之學說。以理想爲根據。不知理想云者。因人而殊。甲之所是。未必不爲乙之所非。賢者所取。未必不爲不肖者所棄。欲本一人之理想。以求萬古不易之法則。烏有濟乎。故其弊也。卒有陷於專斷謬妄之憂。

三二人性法學派 人性派亦認自然法之存在者也。此派之所謂自然法。與自然派純理派皆異。蓋以適合人性解自然法者也。其說曰。實際之

法律現象。雖因時因地而殊。然適合於人性之原理。萬古不易。欲視人定法之良否。當視其適合人性與否爲標準。適於人性者。是爲良法。不適於人性者。即惡法也。例如身體之自由。信仰之自由。所有權之自由。皆自然法上之原理也。奴隸制度。反自由之原理。時効制度。反所有權之原理。故皆不得謂爲良法。攷此派之源流。發於希臘司鐸客 Stoic 派哲學之從性論。至於近世。辜樂修等唱道之。各國之法學界。一時靡然從風。後純理法學派及盧騷之自然法說得勢。此派乃衰。德意志之克羅哲 Krause 再興之。今日除實驗法學派外。概屬此派云。

### 第三章 實驗法學派

實驗法學派者。謂實際法律現象以外。法理無所根據。故蒐集實際之法律現象。歸納之以研究法理者也。斯派大家查畢尼氏謂法律爲歷史之產物。非立法者一朝一夕所得而獲之者也。持此說以與自然派及純理派之學說相頡頏。誠非無所見而云然。蓋法學與歷史。有重大之關係。古

代法學者之於歷史。多忽焉視之。意大利學者。專註釋羅馬法律全典。而不參酌羅馬之歷史。大爲識者所憾。然在古。載籍缺略。史材不豐。以故研究歷史學術者。不能如今日之盛。亦勢使然也。降至十六十七世紀之際。英之培根、Bacon 德之來布尼、Leibniz 始論述法學之歷史的研究。然斯時尙未獨樹一派也。近世德國之墨哲、福果、查畢尼等相繼而起。而後沿革法學派之基礎。始奠定焉。伊耶陵、威德、夏德諸大家。相率和之。現今指導法學界者。其勢力實在此派云。此派復分爲三。曰分析法學派。曰沿革法學派。曰比較法學派。

(二)分析法學派 分析法學派者。取各種之法律現象。分析解剖之。以明其成分及組織。且於同種同類之法律現象中。發見其要素。本之以研究法理之學派也。此派以法律爲主權者所制定。主權者所定之法律以外。雖有法理。皆不足取。故欲明法理。非取實際之法律現象。分析而解剖之不可。例如有占有之法律現象。分析解剖之。知有實力與意志

之二元素。有合意之法律現象。分析解剖之。知有申請與承認之二元素。是皆此派之所有事也。此派之學說。古代非無唱之者。然皆爲定理妄斷之學說所傾倒。故不能卓然成家。及十七世紀之頃。英之霍布士唱道之。十九世紀邊沁 Bentham 祖述之。尋鄂士琴出。乃集其大成。惟通常皆以鄂士琴爲此派之鼻祖。

(二)沿革法學派 沿革法學派者。討究法律現象之沿革。明法律進止與廢之原理。本之以研究法理之學派也。此派謂法律現象。非一定不變。法律原理。亦非萬古不易。皆隨社會之變遷而進化者也。故法律非製造物而發達物。以此說爲基礎而研究之。是爲沿革法學派之主旨。例如討究契約之沿革。古代人鮮信用。又無豫見之力。是以契約之制不行。至於今日。古時以身分而定之者。皆可以契約定之矣。即可知社會由身分而進於契約之原理也。又如討究相續之沿革。古代爲祭祀相續。中世爲家督相續。近世則爲財產相續。即可知相續由祭祀家督而

進於財產相續之原理也。此派之先導。雖宜推來布尼。然應用於實際而成一學派者。爲查畢尼氏。故通常以查氏爲此派之鼻祖。近時如英之馬印。亦唱沿革法學。且著書公世。故英國沿革法學之鼻祖。則又推馬氏焉。

攷沿革法學之大成。固因學問之進步。然最與有力焉者。一爲法國之革命。一爲德國法典編纂之爭論也。夫法國革命。有力於沿革法學者。何哉。蓋法國革命。淵源於自然法學派及純理法學派之隆盛。其結果也。雖足使制度文物。燦然一新。然其反動也。則使世人疑自然派純理派之議論。全無根據。且因宗教法學派之再興。而自然派純理派更失勢力。不特此也。徵之歷史。知社會之事物。幾經變遷。始有今日。決非如製作之物。所能一朝一夕告厥成功者。故自然派純理派日以衰。而沿革派之勢力。駸駸日盛矣。德國法典編纂之爭論。有力於沿革法學者。何哉。當千八百十五年。法帝拿破崙之敗於滑鐵盧也。固來因同盟之

破壞。德意志諸邦。知非統一民心。不可以當外敵。故學者及政治家。皆苦心以經營之。其時哈德堡大學教授齊波 *Eihbaut* 氏唱言曰。德意志之屢受外侮者。由於國家之不統一。欲統一國家。必先統一人情風俗習慣。欲統一人情風俗習慣。莫若編纂法典。而制定全國通行之法律。且本此說而著德國普通法典之必要一書。時則有伯林大學教授查畢尼。見齊波所著書。斥爲迂遠。而著立法及法學與吾人之職務一書。以反對齊波之說。其要曰。法律者。因人情風俗習慣。導之以至於發達者也。非由立法者之思索所得而出者也。國有法律。猶之民有言語。慮言語之不統一也。乃編纂言語之辭典以謀統一之。則人鮮有不笑其愚者。今欲編纂法典。以統一國民之權利思想。其愚亦孰甚焉。況法律者。依沿革之狀勢而發達。非如器械之一成不易者。當此變遷之時代。而欲編纂一定不移之法典。其本末不已誤乎。爲今日計。若先建立大學。以計權利思想之統一。於事或可有濟。反其本而求其末。殆亦緣木

求魚之類也。自是厥後。遂稱查畢尼爲沿革法學派。稱齊波爲非沿革法學派。

(三)比較法學派 比較法學派者。取存在於各國各地方之法律現象。比較對照之。本之以研究法理之學派也。此派比較各地方之法律現象。或以之爲說明法理之材料。或以之爲立法之材料。或以之爲解釋之材料。例如比較羅馬法與中國法。一則駸駸乎發達。一則停滯而不進。其理由果安在乎。又如比較法國法與英國法。一則契約以正當原因爲必要。一則以約因爲必要。其差異果何故乎。凡此皆屬比較法學派之職分也。雖然。此派研究之方法。必須各國各地方。皆有交通之便。又必周知各國各地方之人情風俗言語習慣。是以此派之發達。率在近世。希臘之亞里士多德。雖比較小部分之法律制度。然未能完善。德意志之來布尼。雖唱比較法學之必要。然無從着手。意大利之梅科。Vico 雖著比較法學之書。然卒未行世。其能廣行於世者。惟孟德斯鳩所著

之法意。Esprit des lois 故通常以孟德斯鳩爲此派之鼻祖云。此派復分爲三。曰法系別比較法學派。曰人種別比較法學派。曰國別比較法學派。

(甲)法系別比較法學派 此派以法律系統之區別爲基礎。而比較法律之謂也。例如比較羅馬法系之法律與中國法系之法律而觀其異同。或比較回教法系及英國法系之法律而攷其差異之類是也。

(乙)人種別比較法學派 此派以人種之區別爲基礎。而比較法律之謂也。例如比較日耳曼人種之法律與羅馬人種之法律而觀其異同之類是也。其採此研究方法者。以德之頗士德 Poggendorf 爲嚆矢。柯列 Kohler 孔 Cohn 等繼之。

(丙)國別比較法學派 此派以國之異同爲基礎。而比較法律之謂也。如比較英國法與日本法。或比較羅馬法與法國法而知其差異之類是。採此方法者。以意大利之梅科爲嚆矢。而集其大成者。實推孟德斯

---

鳩孟氏積二十七年之勞。蒐積古今各國之法律。而成法意一書。其補益於後世之學者。豈淺鮮哉。



# 中卷 法律

## 第一編 總論

欲明法律之本體。不可不究法律之性質。惟是法律之性質。有未可輕易言者。蓋法律現象。複雜多端。且與社會之進化。有日移月易之勢。於此而欲究其性質也難。況法學思想。久彷徨於妄斷空理之中。其發達而爲科學也。尙屬幼稚時代。於此而欲究其性質也更難。是以古今學者。對於法律性質。議論各殊。迄於今日。莫衷一是。蓋有不得已者存也。予於本編先述法與法律文辭之用例。次述古今學者論法律之性質。本如何觀念爲基礎。以明變遷之蹟。至後乃述予所服膺之定義以終焉。釋法律之性質第一。

欲究法律之性質。宜知法律之淵源。法律之淵源者。法律所由生之材料也。學者有以法律制定之權力爲法律之淵源者。例如以神意或君主之

意思。爲法律之淵源是也。然此乃法律之基礎。非法律之淵源。不可混而爲一。又有以求法律智識之材料爲法律之淵源者。例如以載籍或法典。爲法律之淵源是也。然載籍非法律直接之淵源。法典即爲法律。不得以淵源目之。又有指示法律關係所由生之原因爲法律之淵源者。例如以契約。不當利得。不法行爲。法律規定。爲法律之淵源是也。然法律關係。有法律而始生。未有以自身而爲淵源之理由也。然則以何者而爲法律之淵源耶。徵之古來諸國法律成立之實際。則以慣習宗教。條理。判例。學說。條約。及外國法爲淵源。最爲適當。至於前法律爲後法律之淵源。此屬當然之事。不必列於法律淵源之中也。釋法律之淵源第二。

次就法律之類別言。法律類別之中。有公法私法之類別。及通法特法之類別。關於此種類別之實質。非無可以非難之處。然自羅馬法以來。久爲立法上及法學研究上所襲用。至於今日。殆有不可移易之勢。此外如他種之類別。概因學者研究之便宜而設。非必盡爲法律全般之類別也。然

研究法學者。若不知此種類別。亦有扞格不通之患。故本編稍說明之。以明有如斯之類別而止。非謂不可不爲如斯之類別也。更有宜注意者。謂爲法律之類別。其實含有法規之類別。如強行法及聽任法之類別是也。是編亦併論之。釋法律之類別第三。

## 第一章 法律之性質

### 第一節 法與法律文辭之用例

法字之用。意義極廣。所謂兵法、禮法、佛法、筆法、刑法、作法勿論矣。今日世俗所謂腳氣治療法、產子法、疥癬全治法。率皆假此字而用之。其用例之廣可知也。試即中國觀之。其用例亦多。爾雅云。法。常也。釋名云。法。偁也。偁而使有所限也。禮記月令云。乃命太史守典奉法。典禮云。謹修其法。而審行之。是皆指制度曰法也。孝經云。非先王之法服不敢服。是指禮曰法也。書經呂刑云。惟作五虐之刑曰法。是指刑曰法也。其他如文法、書法、軍法文辭。不遑枚舉。綜而言之。凡事物之動作。有順序定軌者。名之曰法。天

地之進行也。有順序之定軌。故稱曰運行法。草木之榮枯也。有順序之定軌。故稱曰自然法。然則法也者。以事物之順序定軌解之。思過半矣。

凡宇宙間之事物。不問種類何如。皆有原理定軌以統宰之。已爲學理之所證明者也。即至人類社會。亦不能外此學理。夫動物之生於自然界也。皆有好生惡死之常情。有好生惡死之常情。即有生存競爭之狀態。其計生存競爭也。知孤立索居。不足以外侮其禦。於是同類之間。不能不互相團結。以保持其生存。團結鞏固者。競爭也強。繁殖也速。團結散漫者。競爭也弱。甚且有不能保其種類之勢。人類爲高等動物。知之最審。團結尤力。於是爲整理社會團結之關係。完全人類共同之生活。而種種之法生焉。道德也。宗教也。法律也。皆由是而發生之法也。可知法律云者。即指此法之一部而言。

中國及日本。古來表示法律者。率用法之一字。或律之一字。未有法律二字兼用者。更即律字攷之。禮記王政曰。定日同律。書經舜典曰。同律度量

衡。易經曰。師出以律。管子曰。律者。定分止爭。釋名曰。律者。累也。累人心使不得放肆也。其時皆未嘗以法律二字並用。亦未嘗以律字解法律。以律字解法律者。始於漢之蕭何。蕭何作律九編。本李悝法經。加戶律、壇典、廡庫、三編而成。李悝法經。曰盜用、賊法、囚法、捕法、雜法、具法。凡六編。然皆係刑法。未嘗指他項法律言也。再觀之日本。曰律曰令。雖爲法制史上所常見。亦未聞有法律二字並用之例。今日多云法律者。實維新後輸入歐洲之法律思想。翻譯西籍而新造者也。細察其用例有三。(一)不問成文法與慣習法。指示國家之法。(二)僅指示成文法。(三)指示依法律名稱之公布式所發布之法則。此三者必居其一。非如法之文辭。指示範圍之廣闊也。但以法之一字而指示法律。今日尙有行之者。如憲法、民法、行政法、商法、訴訟法之類是也。又如法文法令等。亦爲以一法字表示法律二字之例。此不可不注意者也。本書所用法律之文辭。除特有指示之外。概指國家之法而言。又有單以法之文辭表示之者。不可彼此混淆也。

又即泰西各國觀之。法律二字。拉丁語曰幼士。Jus 英語曰洛。Law 法語曰德洛亞。Droit 德語曰列西特。Recht 意語曰德利特。Deritt 據博言學者之說。拉丁語之幼士。Jus 由梵語之幼 Ju 而來。羈束之義也。英語之洛。Law 由盎格魯撒遜語之拿嘉 Laga 及拉丁語之列克士 Lak 而來。製作之義也。他如法語之德洛亞。Droit 德語之列西特。Recht 意語之德利特。Deritt 皆由拉丁語之德利克木 Derictum 而來。事物之道理。正直之源泉之義也。然在今日。皆以指示國家之法爲本義。但除英語「洛」之外。不僅指示國家之法而已。且含有權利或正義二義。英語之洛。雖不在此二義。然其用例更廣。或指示自然的法則。或指示宗教的法則。或指示道德的法則。適與泰東所謂法字之用法相當。以外國語研究法學者。其糾紛若此。而謂可忽乎哉。

## 第二節 法律之觀念

### 第一款 法律觀念之學說

法律之觀念。學說繁多。攷其學說之變遷。即可知法律及法學之沿革。今略舉古今重要之學說如左。

(一)神意說 此說謂法律或直接間接由於神意者也。直接由於神意者。謂直接受神之命令而成法律也。間接由於神意者。謂間接表章神意而定法律也。穆哈默德之隱於山中也。自稱由神使嘉布利耶賜以法律。名曰科蘭經典。來加爾加 Lyourgas 自稱由阿頗洛神授以法律。名曰來加爾加法典。他如猶太之摩西法典。印度之馬尼法典。希臘之美臬 *Moses* 法典。皆直接由於神意之類也。此種觀念。古代最盛。蓋上古之際。人民渾噩。智能弱而迷信深。治者欲統治其部下也。故利用此迷信之念。以爲治國之政策。其政策與迷信相合。而神意之觀念。遂確立矣。迨去古漸遠。民智漸開。直接本於神意之說。漸失根據。由是間接由於神意之說興焉。間接由於神意之說。即直接由於神意說之變形也。學者本此觀念。以講釋法學者甚多。近世如意國之馬士特。法國之波

拿爾。其最著也。但本此二種觀念以說明法律之際。先不可不假定神之存在。且不可不確定神之性質。否則無以爲立論之根據也。

(二)正義說 此說有以法律即爲正義者。有以法律爲正義之一部者。然以正義爲法律之基礎則一。皮塔克 Pitagoras 曰。法律即正義也。柏拉圖曰。法律即正義。爲調和二有機體之三大法之原理也。二有機體者何。國家與個人也。三大法者何。智、勇、節制也。克利斯普 Chrysippus 曰。法律者。正不正之標準也。可知希臘古代。皆以正義與法律視同一體。至於羅馬。塞爾智 Celsus 曰。法律者。公平及善良之術也。降至中世。英之布拉克士頓 Blackstone 亦以法律與正義同解。柯克 Coke 亦謂法律不外正理。由是而言。凡正義之觀念。包含法律之觀念。徵之理論及歷史。殆無可疑者。雖然。亦有未盡善者。若以法律解正義。則必不認有背正義之法律。然徵之學理。雖背正義之法律。裁判官不得謂爲無適用之責任。是背正義之法律。亦有存焉者矣。且關於手續之法律。又烏得以正

義之觀念而證明之。况所謂正義云者。將如何而定。又定於何人。皆有不能索解者乎。

(三)人性說 此說以法律爲完全人性之標準。德之鄂福曰。法律云者。使人類履行完全義務之必要手段也。雖然。凡所有之法律。果爲完全人性之標準乎。即謂皆爲完全人性之標準。然爲完全人性之標準者。不獨法律。道德有然。宗教亦有然。將以如何之標準爲法律。如何之標準爲道德。宗教。亦有茫然不能索解者。况所有之法律。不皆爲完全人性之標準耶。

(四)道德說 此說有謂法律與道德同其實質者。有謂爲道德之一部者。辜樂修曰。法律云者。強制人類歸於正道之道德的規則也。卓母曰。法律云者。以對於外界一定之權力。付於社會人類之道德的規則也。二說皆以法律與道德。爲同一實質之觀念。其以法律爲道德之一部者。曰。道德與法律。共爲行爲之標準。然其外形甚異。道德主心。以由內正

外爲目的者也。法律主行。以由外正內爲趣旨者也。故法律規則。究爲道德規則之一部。雖然是亦不足以明法律之觀念。蓋據此觀念。即不能認有反道德之法律。然徵之實際。法律之與道德相牴牾者。間亦有之。不但此也。若從此說。如訴訟法、憲法、行政法。皆不得名爲法律。何也。訴訟法、憲法、行政法等。包含道德之觀念者甚鮮也。

(五)自然律說 此說謂法律爲自然律之一部分。其說曰。法也者。非神聖之所制。乃存在於自然之現象也。宇宙有自然之律。日月星辰以之運行。春夏秋冬以之循環。社會爲自然界之一部。人類爲自然界之生物。社會人類。豈獨無定律哉。法律者。即自然律之一部也。行於人事之自然律。即法律也。孟德斯鳩曰。法也者。以廣義言之。乃基於事物之本性所生必然之關係也。萬物有法。天地有法。禽獸有法。草木有法。人類亦有法。其以自然律爲觀念也可知。雖然。近世以還。此說因科學之進步。漸有歸於固定之觀。究未足以盡法律之蘊。何則。此說固說明何者謂

法矣。固說明法律爲自然律之一種矣。但自然律之何部分屬於法律則此說未嘗解說也。

(六)秩序關係說 此說與前說相似。其說曰。法律者。爲一定之秩序關係。即法則也。法則云者。由事物之因果關係。定一定之順序者也。特定之事實。必有特定之效果。英之物理學者哈克士列 Huxley 曰。法之本質。秩序也。有一定之原因。即有一定之結果。是皆本此觀念而立說也。雖然。是說與前說同。亦不免有批難之處。蓋法固爲秩序關係矣。法律固爲秩序關係之一種矣。然如何性質之秩序關係。屬於法律。仍漠然也。

(七)自由規律說 此說謂法律者。定各人自由行動之範圍者也。一面限制各人本來之自由。一面保持各人之自由。康德曰。法律云者。從自由之通則。調和各人之專恣者也。查畢尼曰。法律者。正確各人之存在及活動。且示自由範圍之無形界限者也。當自由之論。熾盛如歐洲。此說風靡一世。固不足怪。但亦不得爲完全之學說。蓋此說固足以說明一

部之法律。不足以說明全部之法律也。何則。法律中有保障人之自由者。有保障一人之自由。而限制他人之自由者。又有限制一切之人。皆不得自由者。是安得以定自由之範圍爲根據耶。

(八)民約說 此說謂國家由人民相約而成。法律由人民之自由意思而定。易言之。法律者。人民當約建國家之際所結之公約也。此說古代亦有唱之者。而實大成於盧騷之民約論。民約論當法國專制之後。甚有勢力。至於今日。學者皆斥爲無歷史上之根據。斥之者曰。法律者。果成於人民之契約乎。法律以前有契約乎。祖先之契約。何故羈束子孫乎。其他種種批難。不一而足。

(九)總意說 此說謂法律云者。發表當時人民全體之意思也。約言之。人民之總意也。赫格 *Hegel* 曰。法律云者。總意之發表於無形者也。查畢尼曰。法律者。非人之所創作。發達於自然者也。非主權者之所制定。由人民之行爲反覆釀成者也。故慣習法爲最良之法律。立法者之制定

法律也。非創造也。不過對於人民之慣習行爲。與以法律之形式而已。其實間接發表人民之總意也。雖然。此說亦不足以明法律之觀念。蓋依此說。若有反人民總意之法律。即可謂爲非法律。且所謂總意者。果依如何之方法而發表乎。不能解也。

(十)命令說 此說謂法律爲主權者之命令。唱之者爲羅馬法曹之康弼(Canoni) 而集其大成者。爲英國之分析法學派。分析派巨擘霍布士曰。法律云者。有權力者。命令被治者爲某事或不爲某事之言語也。其後邊沁襲取之。鄂士琴祖述之。鄂士琴曰。法律云者。乃政治上之優者(即主權者)對於政治上劣者(即人民)之行爲。所下之命令禁止也。由是鄂士琴之名。喧於學界。自是而後。英之阿謨士(Amos) 法之頗他利(Pott)、德之布倫士(Bruno) 皆本此命令之觀念以講釋法律。雖然。此說亦不免有非難之處。夫以法律爲命令。命令爲優者對於劣者之意思表示。其結局也。劣者若不從優者之意志表示。必有一定之裁制。不然。無

以副命令之主旨也。然凡百法律。果皆有命令之意思乎。若以爲皆有命令之意思。則不能不疑。(一)憲法及行政法之一部。不得謂爲法律也。何則。憲法及行政法。多規定國家自體之行爲。對於己身而曰命令。有是理乎。此論德之賓典 *Vindius* 曰言之。(二)慣習法不得謂爲法律也。何則。慣習法非主權者之命令。不過經主權者承認之而已。(三)法律不得以權利爲本位。何也。由命令生服從關係。由服從關係。不過生義務關係而已。不能生權利關係也。雖然。現今文明諸國之法律。概以權利爲本位。此則與之有衝突之虞。(四)就私法之範圍論。不過經主權者之容許而已。非必有命令也。若如命令說。則私法亦將不得名曰法律也。

(十二)強行規則說 此說謂法律者。依外形之裁制而強行之規則也。無強制力者非法律。德之妥馬士 *Thomasius* 曰。法律與道德之別。在於裁制之有無。其門弟龔安林 *Gundling* 曰。法律者。以外形上之苦痛。罰其侵犯者之規則也。伊耶陵 *Ihering* 曰。強行者。不但爲實行法律之手

段。且爲法律之要素。無強行力之法律非法律。他如英之邊沁鄂士琴。德之來布尼。康德。莫不祖述是說。雖然。裁判果爲法律之要素乎。昔者馬印有言。法律有五元素。力。秩序。正義。畫一。威權。是也。此五者。非必通各時代之法律皆宜具備者。蓋可因時變通。雖具備其中之一二元素。而他之二三元素。不具備焉可也。例如不知畏懼之時代。則以正義爲要素。使人知貴重正義而服從法律。故當斯時代。不得以力爲法律之要素也。是無裁制之法律。何嘗不得名曰法律哉。況如憲法如行政法之一部。乃主權者自限制其行爲之法律。毫無裁制之性質。謂爲非法律也可乎。此說之不完全。不容深辯矣。

(十二)共同生活要件說 此說以法律爲人類共同生活要件之一部。匈牙利之巴志克 Pulszkey 曰。法律云者。社會生存之要件。因國家始得履行之規則也。英之頗洛克 Pollock 曰。法律云者。指示人類共同生活之要件也。雖然。法律固爲人類之共同生活而發生。然不得直以人類共

同生活之要件爲法律。若直以之爲法律。則法律之反乎共同生活要件者。將不得謂爲法律矣。夫反乎共同生活之法律。謂爲惡法律則可。謂爲非法律則不可也。

千三行爲說 此說以法律爲行爲之規則。英之和朗曰。法律云者。因政治的最高權力。強制人類外部行爲之規則也。法之葉修霸曰。法律云者。人類外部義務之規則也。雖然。此說亦未盡善。若以法律爲行爲之規則。其有關於意思者。將不得謂爲法律矣。然法律中有僅關乎意思而尙付以裁制者。烏得謂爲非法律乎。且若從此說。則憲法中及行政法中關於國家機關組織之部分。亦不得以法律名之。何也。非行爲之規則也。

### 第二款 法律之實質的意義

前列諸說。悉不能折衷盡善。茲舉最普及且合於近世法律思想之學說如左。此說蓋本行爲說而立論者也。其義曰。

法律云者。爲國家所制定或承認之行爲規則也。

試分析論之如左。

(一)法律云者。國家所制定或承認者也。行爲之規則中。經國家所制定或承認者。始曰法律。制定者對於成文法而言。承認者對於慣習法而言。蓋成文法則必須制定。慣習法則僅在乎承認也。

(二)法律云者。行爲規則也。法律爲外部行爲之規則。又爲國家所制定或承認。故曰法律者。爲國家所制定或承認之行爲規則也。以與道德相較。性質大異。雖然。學者對於此義。亦有加以非難者。其要曰。(一)國家往往制定或承認關於人類內心之法則。是法律不盡爲外部行爲之規則也。不知此乃古代之法律。非今日之法律思想也。若因此理由。而疑法律不可爲行爲之規則。則國家觀念。亦將不得爲法律之要素矣。何則。古代之國家。非如近世國家之觀念也。要之法律云者。乃歷史之發達物。或以爲神意之告戒。或以爲道德之一部。或以爲干涉人心內

部之規則。古今異論。原不足怪。而吾黨特名曰行爲之規則者。乃就今日法律思想發達時所下之定義也。(二)如憲法行政法中。關於國家機關內部組織之規則。不得謂爲行爲之規則。雖然是說亦未中肯。夫關於國家機關組織之規則。其不能直接爲行爲之規則。固不待論。然其目的。亦在使行爲規則之活動。非於行爲規則外獨立而有所作用也。故此等規則。與他規則相連屬。仍不失爲行爲規則之性質也。

由是而言。法律實質之性質。可曉然矣。學者有謂宜加裁制之觀念者。蓋以法律爲國家所強行之行爲規則也。雖然。裁制之觀念。非通一切之法律而存在者也。如憲法。乃規定國家自體之行爲。其無裁制之觀念也可知。況有強制手段之法律。乃加裁制於不適法之行爲。非加裁制於適法之行爲也。若列於法律要素之中。法律之範圍。勿乃失之狹乎。

如右所論。法律者。行爲之規則。經國家所制定或承認者也。然其制定或承認。非必國家自體爲之。凡源於國家權力之規則。悉可謂爲法律。故國

家以外之公法人所制定或承認之規則。皆爲法律。又非必一國家所制定或承認之者。凡數國家所定之規則。亦無妨謂爲法律。故國際公法。亦法律也。

### 第三款 日本國法上法律之意義

由法律之實質言。法律云者。爲國家所制定或承認之規則也。然日本國法之所謂法律。不得釋以此義。日本憲法第三十七條曰。凡法律須經帝國議會之協贊。所謂須議會之協贊者。非謂不經議會之協贊。不得名爲法律之實質也。謂以法律名稱之公布式而發布命令。必經帝國議會之協贊耳。蓋即以法律之語。用於公布式之一種也。憲法中所用法律之語。本此意義者甚多。如憲法第九條之不得以命令變更法律。蓋以法律名稱之公布式所發布之命令。得以變更勅令以下之公布式。以勅令以下之公布式。不得變更法律名稱之公布式所發布之命令也。雖然。憲法上未明定何種命令。必依法律名稱之公布式發布。故解釋之道。頗屬困難。

強爲解之。憲法上定有宜依法律者。除關於此等事項之外。所有命令。皆不必限以法律名稱之公布式發布。但徵之從來慣例。關於人民權利義務之重大者。皆以法律名稱之公布式而發布命令者也。

要而言之。日本憲法上之所謂法律。經議會協贊天皇裁可之命令也。故（一）憲法非法律。蓋憲法制定改正之手續。與法律之手續不同也。（二）閣令勅令省令等。雖爲國家之命令。而非法律。蓋未經帝國議會之協贊也。（三）豫算非法律。蓋非依法律之形式。不過爲歲出歲入之計算也。

日本憲法上之所謂法律。指以法律名稱之公布式所發布之命令而言。既知之矣。若並稱勅令以下諸命令時。則曰法令。可知法令云者。含有以法律名稱之公布式所發布之命令。及以勅令等之公布式所發布之命令兩者而言。然觀之法例。法律二字。有與前述之實質的意義相合者。如法例第四條云。禁治產之原因。依禁治產者之本國法。其宣告之効力。則依爲宣告國之法律。此法律二字。豈非指示日本之法律乎。是非僅限以

憲法上法律之意義也。又舊法令中有以法律二字指示成文法者。然憲法實施以來。已無此用例。但解釋憲法實施以前所發布之法令。往往有不能不本此用例者。不可彼此相混也。

#### 第四款 實質的法律與形式的法律之區別

近世立憲政治之發達也。凡以法律名稱之公布式發布命令。必經議會之議決。因此形式。名爲形式的法律。以與前項之實質的法律相區別。故形式的法律云者。不問其實質何如。苟經議會之協贊。而以法律名稱之公布式發布之者即是也。日本國法上之所謂法律。即指此形式的法律而言。蓋沿歐洲諸立憲國之用例也。鄂士琴輩謂法律爲主權者之命令。故名爲法律之形式的意義。法律之形式的意義。與形式的法律之意義。頗有區別。學者宜注意焉。又如歐洲德國。國家歲出歲入之豫算。尙依法律形式。故形式的法律之範圍甚廣。日本不以豫算爲法律。是與德國有異。又如歐洲立憲諸國。凡實質的法律。概包括於形式的法律之中。制定

之際。皆以經議會之議決爲原則。日本不認此原則。故制定實質的法律。或依法律之形式。或依命令之形式。而法律之觀念與命令之觀念。非必關聯而不可分離者也。其詳俟於統治權篇述之。

### 第三節 法律與道德之區別

欲明法律之本體。不可不知法律與道德之區別。原法律道德之所由起。在於整理社會動作之關係。完全人類共同之生活。其目的則同。而區別匪易。往古以來。有謂法律與道德全無區別者。有謂法律爲道德之一部者。凡此皆國家觀念未發達以前之思想。近來國家觀念。日以明晰。知法律與國家。有不可分離之關係。法律無國家之觀念。不能認其存在者也。於是法律與道德。可分別言之矣。法律與道德區別之點。學說甚多。大要言之。不外三者。

(一)法律者。支配人類外部相互之行爲。且因行爲而支配有關係之意思者也。道德者。支配各人之意思。且因意思而支配意思之動機者也。易

言之。法律制外行。而因制行以制其心。道德制內心。而因制心以制其行。法律者。由外而制內也。道德者。由內而制外也。

(二)法律者。國家的規則也。有國權潛於法律之後。故背法律。即背國權。道德者。社會的規則也。無國權立於道德之後。故背道德者。僅招輿論。

(三)法律依關係而強制遵守。道德則依良心而使負責任。

由是而言。法律與道德之區別。大體具矣。雖然。道德者。觀於決定行爲之意思如何。而表於外部之行爲不問也。法律者。不問意思之善惡良否。而惟觀其行爲者也。例如大石良雄之復仇。當時之法律。使之屠腹。然後世稱爲義舉。吉田松陰之勤王。當時之法律。處以死刑。然今則特旨贈位。是故有與法律相反之道德。有與道德相反之法律。蓋亦無可如何者矣。又法律云者。依一定之權力。以強制遵守爲常。雖然。一切之法律。非徒以強制所能濟事者。有任於各人良心之規則。亦得謂爲法律。故使人遵守法律。良心亦與有力焉。不徒強制已也。惟是就法律之本體言之。苟規則爲

國家所制定或承認者。勿論如何酷惡。皆不得不名爲法律。故法律自身。決不容有道德之觀念。即或法律之內容與實質。有與道德相一致之際。而法律自法律。道德自道德。兩者之形體。仍不能混而一也。然余非謂法律宜遵守。道德不必遵守也。法律與道德。如輔車相依。皆爲維持社會之具。遵法律而不遵道德。雖外部嚴肅。人人將有薄德義潰名教之敗行。而社會終不能底於至善之域也。

## 第二章 法律之淵源

### 第一節 慣習

布林志曰。慣習者。各人行爲之自由。因內部之必要。相聯結而成立者也。其意蓋以社會人類。雖有自由行爲之權利。然此自由也。若不加限制。則個人及社會。皆互有不適之感。故以內部之必要。限制行爲之自由。因此行爲之自由。與內部之必要。而後慣習成焉。然此乃慣習之成立。非慣習之定義也。慣習之定義云何。即人民自然久永準據之行爲標準也。攷其

發生。乃積累而成。非一朝一夕之所能至。譬諸積雪數尺。人跡斷絕。交通阻塞。忽有蒙犯霜雪之徒。履行而前。後之來者。遂步前跡。通行既多。漸成坦途。遂忘曩者阻塞之苦矣。慣習之發生。奚以異是。又如日本。凡生子者。一月之後。親戚祝之者。有贈赤飯之慣習。凡死亡者。忌日之中。戚友奠之者。有配饅頭之慣習。此等慣習。必非最初即爲一般人所遵行者。或有人賀生子以赤飯。祭死者以饅頭。東隣倣之。西隣和之。展轉相傳。慣習成焉。夫慣習成立之後。又何以爲法律之淵源耶。蓋慣習既久。行於人間。而人之視此慣習。亦若爲人類本然之性。恰有習與性成之勢。有反此慣習者。世人皆擯斥而厭惡之。而後國家取慣習中之正確而且必要者。或承認之以爲法律。或採之以爲成文法之材料。故慣習乃爲法律之大淵源矣。今舉慣習之種類如左。

(二) 因所行地方之廣狹。而分爲一般慣習及局地慣習。General usage and local usage 一般慣習者。行於國內全部之慣習也。局地慣習者。行於國

內一部之慣習也。交通不便之時代。局地慣習多。一般慣習少。例如日本。婚姻之慣習。用水之慣習。古來因地而異。近因交通便捷。全國漸有統一之勢。

(二)因所行人民之種類。而分爲普通慣習及特別慣習。*Common usage and special usage* 普通慣習者。行於全國人民之慣習也。特別慣習者。行於特別人民之慣習也。例如養子之慣習。普通慣習也。如農業商業之慣習。特別慣習也。

(三)因形式之如何。而分爲成文慣習及不文慣習。*Written usage and unwritten usage* 成文慣習者。記錄於文書之慣習也。不文慣習者。未記錄於文書之慣習也。日本民事慣例集中之慣習。成文慣習也。用水之慣習。不文慣習也。

凡慣習不問其種類如何。決無法律之効力。其有法律之効力也。須俟國家承認或規定之後。茲舉慣習變爲法律之原因如左。

(一)承認慣習付與法律之効力。此例甚多。如英國之普通法。Common

Law 即由國家承認慣習而爲慣習法者也。又如日本法例。亦有承認

慣習而付與法律効力之規定。尙有慣習成立之方法。於次編述之。

(二)採用慣習而規定成文之法律。國家新制定法律。採用慣習而規定者甚多。如英國之賣買法、破產法、會社法。日本之親族法、相續法。皆由於此。此外諸國法典。亦有然者。

## 第二節 宗教

溯政教一致之時。世界各國。宗教勢力。概極強大。學問文物。皆在僧侶掌握中。故以宗教爲法律之淵源。亦勢然也。日本如聖德太子之憲法、大寶令、北條時代之貞永式目。皆含有宗教之元素。其他如馬尼之法典。摩西之十戒。科蘭之經典。無不以宗教爲法律之淵源。即文明諸國之現行法律。其發源於宗教者亦多。日本刑事訴訟法中之證人宣誓。稽其由來。原於歐洲之宗教。而流入日本者也。又如前項所述之慣習法。與宗教之關

係尤切。馬印曰。法律之基礎。發於崇敬天帝之念。洵可謂得其要領者也。今舉宗教爲法律之方法如左。

(一)以法律爲神所制定。馬尼法典。科蘭經典。皆謂由神所賜。故經典同時而爲法典。

(二)本宗教之教旨而制定法律。如歐洲中世之所謂寺院法。Canon law 乃集錄高僧會議之議決。而以宗教之教旨爲法律者也。

(三)採用宗教上之規定而爲法律。歐洲諸國中。關於婚姻離婚等之法規。採用宗教上之規定者頗多。

### 第三節 條理

條理云者。自然之道理也。通常曰正義。或曰正道。學者之所謂自然法。亦指此也。條理之性質。甚爲漠然。例如吾人何故不可不忠君。何故不可不孝親。欲明確其理由。甚不易易。然爲一國一家一社會之秩序上所必要。故曰條理。條理爲法律之材料。其方法有三。

(二)以條理爲法律制定之基礎 古時以條理爲法律。不知法律較條理爲狹。通常法律雖本條理。然亦有不本條理之法律。如秦始皇作坑儒之法。可謂不條理之極矣。但惡法亦法律。故亦宜謂爲法律之一種也。特此例甚寡。古今法律。無不以條理爲制定之基礎也。

(二)採用條理規定成文之法律 古之法律。爲條理之集合。近世如親族關係之法律。亦多採用條理而制定者也。

(三)付條理以法律之効力 付條理以法律之効力。在法律不備之際。日本明治八年所布告之裁判事務心得有曰。凡民事裁判。有成文者。依成文。無成文者。依慣習。成文慣習皆無者。則推條理而爲裁判。填國民法第四條曰。無明文及慣習時。依自然法。法國民法第四條曰。以法律之不備及缺漏爲口實。而不下裁判之裁判官。有不爲裁判之罪。可質以法律。易言以明之。裁判官不能以法律之不明不備爲口實。而拒絕裁判。宜依條理以判決之也。英國法律。有特別之性質。蓋英國有所謂

普通法。普通法者。發達於慣習之中者也。其中缺點頗多。如訴訟方式。極爲嚴謹。人民若誤其方式而起訴。即令有起訴之權利。裁判官可不受理其訴訟。而使歸於敗訴。又如普通裁判所。除金錢上之救濟外。別無其法。以故人民不能伸張其權利。此二者不便孰甚。其後人民爲擴張權利計。欲立特別救濟之方。並欲單簡其訴訟手續。請於國王。國王憫之。乃令爲顧問之大法官 Lord Chancellor 曰。爾後凡普通法有缺點。而不能於普通法裁判所。受滿足之救濟時。可容人民之請願。審理之後。依條理而與以特別救濟之法。是即衡平法之濫觴。衡平法之源。在於條理可知矣。雖然。當時之趣旨。猶以爲出於恩惠。積年漸久。設置衡平法裁判所。以與普通法裁判所相並立。延及義德華三世之頃。人民猶請求不已。遂於普通法裁判所。定一定之審理手續。且於一千八百五十二年。發布衡平法廳裁判權條例。於是而英國國內。有普通法及衡平法二種之法律矣。雖然。一國之內。有二種法律相對立。不免有抵

觸之勢。乃於千八百七十三年。發布司法條例。廢普通法及衡平法之區別。兩法中有牴觸者。令其從衡平法。元來之衡平法裁判所。編入於上等裁判所之內。故今日之英國。非有兩種之法律相並立。亦非有兩種之裁判所也。雖然。有此現象者。不獨英國。羅馬之所謂勃列特 *Prætor's Law* 法。亦與英國衡平法相類似。蓋行於羅馬人民間之法律。稱曰幼士西比爾。 *Jus civile* 此法律僅適用於羅馬人民。及羅馬之版圖漸廣。外國人之往來於羅馬者亦多。於是羅馬人與外國人之間。及外國人與外國人之間。皆生種種關係。以待羅馬之裁判。羅馬法律。僅有幼士西比爾。不能適用於外國人。乃不得已而設置名曰勃列特拍列格利士 *Prætor peregrinus* 之外國裁判官。由外國裁判官所推出之條理。以處理外國人與羅馬人。及外國人與外國人關係之事件。此與英國國王。命大法官依條理以補普通法之不足。其揆一也。自是而後。羅馬遂有二種之法律。一曰幼士西比爾。 *Jus civile* 一曰幼士鄂諾拉利謨。

*Jus honorarium* 由是觀之。付條理以法律之効力。其例可知矣。

#### 第四節 判例

判例者。裁判所關於訴訟事件。所下之判決例也。古時法律未備。裁判官兼立法官。裁判官所下之判例。即無殊乎法律。所謂審定法。乃積此判例而成者也。馬印曰。法律者。非由原則而生。乃積各事件之判例而成原則者也。古時以判例爲法律之大淵源也。可知矣。至於近世。法制之制度漸備。立法權與司法權。劃而獨立。裁判官雖有適用判例之時。法理上決不許與以法律之効力。至就判例之効力言。從來有二種之法制。(甲)依英國主義之法制也。英國主義之法制。以判例認爲作爲法律之方法者。謂判例純然有法律之効力。援用判例。無異援用法律之條文。上級裁判所之判例。可以羈束下級裁判所之判決者也。(乙)依羅馬主義之法制也。羅馬主義之法制。法理上不認判例有法律之効力者。謂判例非法律作爲。不過適用成文或不文法律所生之結果也。故判例(一)爲慣習法成立之證。

據。(二)示裁判官解釋法律之見解。(三)由其見解如何。對於後來之判決。有重大之勢力。此主義由羅馬傳來。故曰羅馬主義。然羅馬之初。非必依此主義也。如西士羅認判例爲法律作爲之一方法。齊伯流士 *Pithehus* 帝付判例以法律之効力。是明認判例爲法律也。至茹斯底年帝時。始以勅令禁止之。爾後歐洲大陸諸國。皆襲用此主義。如普國州法、奧國民法。更以明文規定之。其他諸國之法律。雖無明文規定。而法理上之精神。莫不如是。故現今各國。可謂皆採羅馬主義者也。判例爲法律材料之方法如左。

(一)付判例以法律之効力 是即英國主義。現今除英國法系諸國外。無採用此法者。

(二)採用判例。規定成文之法律 不與判例以法律効力之國。亦往往採用因判例所定之規則。而規定於成文之法律。如法國生命保險、抵當權、留置權等之法律。採用判例而規定者頗多。

(三)判例養成慣習法 判例對於後之裁判。有重大之勢力。故人民自從

其判例。以定關於權利義務之事項。所謂判例有養成人民間慣習之勢力也。但慣習尚非慣習法。慣習成後。而經國家承認者。始爲慣習法。

### 第五節 學說

學說者。學者之議論也。其無法律之効力。固無論矣。然就英國法系諸國之實際觀之。裁判官當下判決之時。必採碩儒之學說爲根據。辯護士當爲辯論之際。必取大家之議論爲準繩。是學說亦有法律之効力也。且學說愈精。愈足以生立法之進步。試觀今日文明諸國之法律。其所以面目一新者。曷非得力於學說者耶。蓋法律之進步。每後於社會之進步。社會而已進步也。則事物愈多。需要愈增。法律即有不完全之勢。其使之因應社會之狀況而改正之增加之者。厥惟學說。是以學說爲法律之淵源也。其法有四。述之如左。

(一)與法學者以法律解釋權 例如羅馬之奧古士都 *Augustus* 帝。選當時之法律家。付與法律解釋權。其解釋意見。曰學士說。 *Responsa Prur-*

denium 直使之有法律之効力。

(一)與學說以法律之効力 例如羅馬特德條士 Theodotius 帝採當時法學碩儒帕弼利安、頗爾士、威弼安、嘉幼士、德摩斯底尼五人之著書。爲本國之法律。又如西班牙之伊薩伯拉 Ferdinand Isabella 王以千四百九十六年之王命採巴德爾 Paldol 及巴德 Bald 之著書。付與法律之効力是也。

(二)編纂學說而爲法典 例如茹斯底年帝編纂羅馬三十九大家之學說而爲法典。稱曰泰格士母 Digesta 是也。

(三)學說養成慣習法 法學者代表一國之法律思想者也。故對於國法上之解釋論說。有重大之勢力。國民即因之以定其向背。而成爲慣習。繼而變爲慣習法。

#### 第六節 條約

條約者。國家對於他國家表示其意思所結之約。非對於國民而表示其

意思也。故條約無法律之効力。學者謂條約有二種之効力。一對於外國。一對於國民。對於外國者無論矣。其對於國民者。謂條約之効力。非與法律同。不過爲法律之淵源而已。不能對於國內而生効力者也。雖然。國家爲履行條約。以條約爲材料。對於人民而制定法令者甚多。即國家公布條約。並公布宜遵守條約之法令時。是始以條約爲材料而生法律。且因法律而生人民遵守之義務矣。茲舉條約爲法律材料之方法如左。

(一) 條約與法律。有同一之効力。而規定於憲法。據此方法。凡所結之條約。雖不發布執行之法令。其條約之効力。自然及於人民。如北美合衆國是也。

(二) 締結條約。即以法令公布之。據此方法。條約因法令之効果。始對於人民生羈束力。僅公布條約。不能對於人民有効力者也。日本憲法。未明言採用何主義。以理推之。採用第二主義爲當。尙有謂第二主義亦不必採者。此則予所不解者也。

## 第七節 外國法

一國之法律。除有治外法權之關係外。皆以行於一國之版圖內爲原則。故一國之間。未有依外國法律而下裁判者。即如涉外事項。如外國人留於本國時。關於身分能力之事項。又如本國人與外國人。關於婚姻離婚之事項。雖有適用外國法之時。非以外國法爲外國法而適用之。乃以外國法爲本國法而適用之者也。雖然。今者交通頻繁。一國之法律。有以外國法爲本國法之材料者甚多。其爲材料之方法有二。述之如左。

(一)以外國法爲材料而制定法律。如法國取羅馬法爲材料而制定拿破崙法典。日本取歐洲法爲材料而制定新民法之類。名曰外國法之繼承。其爲材料之外國法。曰母法。其繼承而生之本國法。曰子法。蓋相互之間。若有祖先苗裔之關係故也。

(二)外國法養成一國之不文法。德國民法制定前。有行於實際之普通法。此法源於羅馬法。依慣習法之形式而行者也。日本民法制定前。有

行於實際之不文法。此法源於法國。採其原理而用之者也。

### 第三章 法律之類別

#### 第一節 因法律發生之方法而類別者

成文法、不文法 *Written law, Unwritten law*

成文法者。因文書制定之法律也。不文法者。不因文書發生之法律也。其曰不文法者。非法律不記載於文書之謂。謂法律之効力。不因記載於文書而始發生之謂也。例如日本各種之法令。爲成文法。英國之普通法。爲不文法也。學者有以成文法不文法之別。謂關於法律之體裁者。以記載於文書之法律爲成文法。以不記載於文書之法律爲不文法。雖然是謬說也。夫不文法。非不記載於文書也。亦有記載於文書。而不能曰成文法者。例如判決錄。豈非記載於文書者乎。然判決錄究不過爲判決之證據。決不因記載於文書而生法律之効力。是不文法。雖記載於文書。仍成其爲不文法也。反之如成文法。因制定法律之目的。而記載於文書。其文書

之一字一句。皆有法律之効力。故不文法與成文法之類別。謂關於法律發生之方法可也。謂關於法律之體裁不可也。或曰。成文法者。國家所制定之法律也。不文法者。因人民慣習而成之法律也。雖然是說亦非。何也。人民之慣習。雖爲法律之材料。然未以之爲慣習法時。則慣習自慣習。尙不得謂爲法律。其生法律之効力也。必待國家承認之後。因國家承認而曰法律。非即因慣習而成法律也。

一國之成文法。有爲他國所採用時而成不文法。例如羅馬法全典。成文法也。英國採用其一部。以之爲不文法而行之。又一國之成文法。因其國之革命而成不文法。例如北美合衆國獨立以前。英國所發布之法律。成文法也。其後因獨立戰爭。失成文法之効力。而變爲不文法。現今美國裁判所。尙本此不文法而判決訴訟云。又一國之不文法。有變而爲成文法者。即從來之慣習法。因國家之意思。發布而爲成文法之類。例如英國所行者。不文法也。後於手形法、財產法、買賣法等。依文書而制定發布之。即

變爲成文法也。

第二節 因法律之實質而類別者

公法、私法 *Public law Private law*

通法律之全體。別之曰公法私法。此自羅馬以來。學者所公認之方法也。然此類別之標準。學說尙未衷一是。今舉其重要之說如左。

(一)以法律保護之利益爲標準說 此說以公法私法之類別。在於法律保護利益之公私而定。其法律保護之目的。在於公益之法律。曰公法。在於私益之法律。曰私法。雖然。此說以公益私益爲前提。不免有非難之點。何也。無論何種法律。不僅以保護公益爲目的。亦不僅以保護私益爲目的。凡公益私益兩方面。皆同時保護之。例如憲法。以公益爲目的之法律也。然關於人民權利之規定。亦含有保護私益之意。如刑法。以公益爲目的之法律也。然關於身體財產之規定。亦含有保護私益之意。如民法。以私益爲目的之法律也。然若背公共秩序善良風俗之

法律行爲。則規定無効。是亦含有公益之性質可知。其他如親族相續法等。類此者甚多。

(二)以法律關係之性質爲標準說。此說有二種(甲)依法律關係之平等與否而定。(乙)依法律關係之對人與對物而定。先即甲說論之。此說先區別權力與權利。權力者。強制他人之意思。而束縛其自由之力也。是生不平等之關係。權利者。非束縛他人之自由。不過有其請求之權而已。是生對等之關係。規定權力關係之法律。曰公法。規定權利關係之法律。曰私法。雖然。此說既以權力權利爲前提。然如親族法中之親權夫權。後見人之權。有強制意思束縛自由之力。是不可不謂爲權力而非權利也。然諸國之法律。概置之於民法中。學者亦概解爲私權利者何哉。又如刑法。權力關係之規定也。然自他方面觀之。亦有對等關係之規定。如關於身體財產者。與民法中所謂違約、不法行爲之規定。比較而觀。其相差者幾何。且盜物殺人。與破契約爲不法行爲。非皆平等

之關係而何。一處刑罰。一命賠償。其國權之作用則一。非皆權力之關係而何。由是而言。民法非必私法。刑法非必公法也。可斷言矣。更就國際公法論。學者概指爲公法者也。若從此說。則國際法爲規定國與國對等關係之法律。不得以公法名之。亦當屬於私法。豈其然乎。更即乙說觀之。乙說以規定對人權利之法律。曰公法。規定對物權利之法律。曰私法。雖然。民法中如債權之規定。親權夫權後見權之規定。對人之規定也。豈不宜概列於公法乎。如土地公用徵收法、鐵道法、對物之規定也。豈不宜概列於私法乎。此等區別。雖原於羅馬法所謂人事法物件法之區別而來。然違反諸國法制之實際。無足採也。

(三)以法律關係之主體爲標準說 此說謂規定國家(或公法人)與國家、或國家與私人之法律。曰公法。規定私人與私人之法律。曰私法。英之和朗、德之伯倫知理、皆主此說。以此說比較諸家之學說。參酌各國之法制。較爲得宜。何則。當事者之雙方。非國家。即私人。以雙方或一方爲

國家者曰公法。以雙方爲私人者曰私法。是就法律關係之主體以立論。未嘗見其矛盾也。即或謂國家與私人。有爲賣買貸借之關係。似宜屬於私法。然此當認爲例外。蓋國家與私人。爲私法上之關係。契約也。契約之規定。雖當事者之一方爲國家。無妨屬於私法。故曰例外也。

主法、助法(實體法、手續法) Subjective Law Adjective Law

主法云者。規定法律關係實體之法律也。助法云者。規定運用主法手續之法律也。元來人類有一定之生活關係。是曰事實關係。事實不可無法律以保護之。遂生法律關係。故法律關係者。權利義務之關係也。規定此權利義務之關係者。即爲主法。主法爲法律之實體。故亦曰實體法。雖然。僅有實體之規定。而無運用之手續。則法律終不足以致用。於是乎助法生焉。助法規定運用主法之手續。故亦曰手續法。例如憲法、行政法、刑法、民法等。主法也。其運用此等主法者。有議院法。選舉法、行政裁判所訴訟法、刑事訴訟法、民事訴訟法。即助法也。

## 強行法、聽任法 Absolute Law Dispositive Law

強行法與聽任法之區別。由於入法律關係之時。得容人民之私意與否而生。強行法者。人民常處不可不遵奉之地。易言之。法律得以命令人民。人民對於法律。其取捨去就。不能參以己見者也。例如憲法上臣民有服兵役之義務。有納稅之義務。縱令臣民不願應徵兵。不欲納租稅。然法律決不容許。故徵兵令與租稅法。強行法也。若聽任法則不然。其入法律關係與否。得容人民之私意。例如買賣之規定。貸借之規定。人民之爲買賣爲貸借也。有遵奉法律之義務。然當其未入此法律關係之先。人民之願入與否。得以人民自由之意思而決。法律不得不聽任之。故民法商法。聽任法也。學者有謂法律之適用。得使人民左右之者。曰聽任法。人民不得而左右之者。曰強行法。夫強行法非人民所得而左右之者。不容論矣。然聽任法。亦不得以私人之意見而左右之也。如謂以私人之意見得以左右之。則凡民法商法等。不將化爲具文乎。

夫茲之所謂聽任云者。非任人可以左右法律之謂。乃任人願入法律關係與否之謂也。例如婚姻也。買賣也。若人民不結婚姻。不營買賣。法律不得而強行之。宜聽任人民之自由。苟既結婚姻。既營買賣。即有不可不遵奉民法商法之義務。是其所謂聽任也。在於未入法律關係之先。既入法律關係。即有強行之性質。彼謂任人左右之法律曰聽任法。不亦誤乎。學者又有謂關於公益之法規爲強行法。關於私益之法規爲聽任法者。夫公法如憲法。刑法。行政法。固多含強行之性質。私法如民法商法。固多含放任之性質。然謂公法多爲強行法。私法多爲聽任法則可。謂公法即強行法。私法即聽任法則不可。何則。公法非盡強行。私法非盡放任也。例如行政法中市制之規定。公法也。得依市條例而變更之。可謂有聽任之性質矣。民事訴訟法。學者謂爲公法者也。其中亦含有聽任之性質。又如民法中物權。相續。親族之規定。私法也。其中大部分由於強行法而成。故以公法私法爲此區別之標準。甚不足據

也。強行法通常分爲命令法及禁止法二種。命令法者。命令當事者爲某事之法。例如納稅之義務。夫婦同居之義務是也。禁止法者。禁止當事者之作爲或命當事者不作爲之法也。例如法定之推定家督相續人。禁爲相續之拋棄是也。至命當事者不作爲之禁令法。由他方面觀之。雖爲一種之命令法。然以所命者在於不作爲。故通常歸於禁令法。而不歸於命令法。

### 第三節 因法律之系統而類別者

#### 固有法、繼受法(母法、子法)

固有法者。本一國固有之民情風俗習慣而發生之法律也。繼受法者。或採他國之法律爲模範以制定法律。或取他國之法律。直爲本國法律之謂也。如日本之大寶令。倣隋唐律令。新律綱領。參酌明法。繼受法也。如貞永式目。武家百條。係以日本固有之民情風俗爲基。固有法也。近世以來。交通迅捷。不獨經濟貨物。可供交換。凡文物制度學術典章。亦莫不採其

長而補其短。故世界各國之法律。皆含有固有繼受兩性質。其爲模範之法律。曰母法。其繼受而成之法律。曰子法。

#### 第四節 因法律之効力而類別者

普通法、特別法 *General law, Particular law*

普通法特別法之類別。分爲因地因人因事三者而論之。

#### (一) 因地之類別

因地之類別。以受法律之地爲基礎者也。行於全國之法律。曰通法。行於一地方之法律。曰特法。如日本憲法、北美合衆國憲法、德意志憲法。屬於通法。如紐育州民法、普國州法、巴丁州法、索遜州法。屬於特法。雖然。有時同一之法律。既屬通法而又屬特法者。如巴威倫州法。對於德意志國法。雖爲特法。對於苗亨市法。則爲通法是也。通法對於特法。有補充的關係。故市法勝於州法。州法勝於國法。易言之。無特法之規定時。始依通法之規定以補充之。但特法決無廢止通法之力。故特法廢

止時。當然受通法之支配也。

### (二) 因人之類別

因人之類別。以受法律之人爲基礎者也。行於全國人民之間者。曰通法。行於特種人民之間者。曰特法。如民法、刑法、通法也。如華族世襲財產法、海陸軍治罪法。特法也。由特法而生特權。特權 *Privilege* 者。特種之人民。因特別之法律。而享有特別利益之謂也。特權有因行政處分而生者。有因特法而生者。茲所言者。因特法而生之特權也。

### (三) 因事之類別

因事之類別。以受法律支配事項之廣狹爲標準者也。例如民法。屬於通法。商法。則特法也。因事以分別通法特法。有似原則與例外之關係。故特法先通法而適用。通法對於特法。有補充的効力。前之特法。不能因後之通法而改廢也。

## 第二編 法律之立廢

法律之立廢云者。法律成立改廢之意也。其成立改廢之源。屬於國家之權力。由國家權力使之成立之法有二。(一)與慣習以法律之効力也。(二)以明文制定新法律也。前者爲慣習法之成立。後者爲成文法之成立。古時以宗教條理學說判例。皆有法律之効力。至於近世。法理上不從如斯解釋。不過間接爲成文法或慣習法之材料而已。然學者尙有解條理爲法律成立之一方法者。蓋因諸國法律之明文中。規定有明文及慣習俱不備時。據條理而下裁判之意而來。不知此乃立法者認定條理爲慣習法之一部。非直接成立法律之謂也。至於判決。其爲法律成立之一方法與否。議論屢出。約有二義。(一)以判例爲有法律之効力者。如英米是。(二)以判例爲無法律之効力者。如歐洲大陸諸國是。以判例爲有法律効力之國。自以判決爲不文法發生之方法。以判例爲無法律効力之國。其不能謂

爲法律成立之方法也。不待論矣。更即學者之學說攷之。別爲三派。第一派、主張不文法由判決而成立。英國之邊沁、鄂士琴、以及英美之分析法學派屬之。第二派、主張判決、慣習、共爲不文法發生之原因。英之馬克畢、和朗、法之普爾頓、德之典堡屬之。以上二說、就英美法制而觀察之。甚爲愜當。然不足以適用於各國之法制也。第三派、主張判決非立法之方法者也。近世德法及大陸諸國之學者、概屬此派。就今日立憲國并法治國之主義規之。以採用此說、較爲完善。釋法律之成立第一。

法律之改廢云者。法律之改正及廢止之謂。改正者何。廢從來之舊法規。更制定新法規以代之之謂也。廢止者何。廢從來之舊法規。而不制定新法規以代之之謂也。就廢舊法規之効力論。改正與廢止。結果皆同。不過一有新法規以代之。一無新法規以代之耳。本編則並二者以立論。非必嚴守其區別者也。惟是就改正廢止之原則觀。不可無適當之權力與適當之原因。何則。依近世立憲國法制之主義。其制定成文法也。有一定之

形式。苟欲改正之而廢止之。非有與此形式同等或優等効力之形式。不得而改廢之。故曰宜有適當之權力與適當之原因也。立憲制度國之法律。所謂依其形式而異其効力者。其實用亦在於茲。釋法律之改廢第二。

## 第一章 法律之成立

### 第一節 慣習法之成立

#### 第一款 慣習法成立之時期

慣習法者。爲人民永續慣行之標準。依國家之承認。始有法律之効力者也。其成立條件。不記載於文書。故又曰不文法。其名曰不文法者。非全然不記錄於文書之謂。不過其成立條件。未嘗記錄而已。如裁判所之記錄。學者之著書。間有記錄慣習法者。若謂全不記錄於文書。誤矣。

慣習法非因錄於文書公布全國而成立。故其成立也。由何時而始。不能不屬疑問。今舉重要之學說如左。

(二)永續慣行說 此說以慣習永久行於人民之間。遂變而爲法律之謂。

即以時効之理論。適用於慣習者也。羅馬茹斯底年帝因士齊支齊鄂法典第一編曰。慣習法云者。依慣行而確定之法律也。其後中世之註釋家。相繼和之。至於近世。英國之布拉克士頓。赫爾。德國之瓦士克。赫特。匈牙利之費伯克吉。皆依此說。雖然。此說(一)混合慣習與慣習法。(二)法律缺國家之觀念。故在今日。已成陳腐之說矣。

(二)國家默認說 此說以慣習永久行於人民之間。依國家之默認。始成法律之謂。英之邊沁。法之葉修霸。皆主此說。葉氏曰。慣習法者。立法者默認其風俗或慣行而成之法規也。一國人民。若永守某行爲之規則。而立法者不直接間接拒止之。即人民有遵據之意思。國家有默認之意思。而慣習法生焉矣。雖然。慣習非經國家認定。不得爲法律。無待論矣。然慣習究竟何時變爲慣習法。仍不免失之漠然。

(三)法律表示說 此說謂慣習非依慣習而爲法律。乃因人民權利思想之發生而爲法律。其權利思想。直接表示。則爲慣習。間接表示。則爲法

律。故慣習者。非成法律者也。乃表示法律。認識法律之方法也。德之修果。查畢尼。浦塔。等之歷史法學派。主張是說。近來美國之斯密士。其說亦與此相類。雖然。此說（一）法律缺國家之觀念。（二）推理的法與實際的法相混同。故不足採。

（四）權利確信說 此說以慣習不違背他法律且永續慣行者。人民若依之而爲某行爲。至確認為權利之時。遂變而爲法律之謂。即對於具備一定條件之慣習。承認有裁制之力時。依此承認。即生慣習法。不必國家之認定。亦不必俟法廷判決之時期也。德之齊波。格別。威格。威德。夏德。典堡。荷蘭之格機米。比之那廟。皆主此說。雖然。此說與前說同。缺國家之觀念。似由德國實際之法律現象而來也。

（五）法廷承認說 此說以慣習經法廷適用而爲判決之時。即化而爲法律之謂。英國之鄂士琴。及他分析法學派。多主是說。雖然。亦有可以攻擊之處。（一）據馬印所論證。判決前已有爲慣習法而存在者。若從此說。

將如之何。(二)若依判決而生慣習法。是不僅以裁判官而兼立法者。且裁判官適用慣習而下判決。無異適用非法律而下判決也。烏乎可。

(六)法定要件說 此說以慣習具備爲慣習法之必要條件時。始變爲法律之謂。是說唱於英國之朗。世人驟以爲新說。不知實與權利確認說。同其根本。至所謂法定條件。因各國之法律而定。據布木 Broom 之說。而知英國慣習化爲法律所需之條件如左。

(一)其慣習須由遼遠不可追憶之時慣行而來。

(二)其慣習必繼續而行。

(三)其慣習必平穩而無紛爭。

(四)其慣習必適於條理。

(五)其慣習必判然確定。

(六)其慣習必有強制力。

(七)其慣習不可與他法律或他慣習相衝突。

由是而觀。此說似無可疑議者。雖然。各國之法律。果有明文規定慣習化爲慣習法時之必要條件乎。無有也。即英國雖有以上七條件。亦不過依判決例推測而知。非由國家直接確定之也。

以上諸說。大要如是。比較而觀。皆有執其一端而遺全體之憾。據余所見。慣習之化爲慣習法也。(一)人民於同一慣行。不可無永久繼續之事實。此所謂慣習之外形的要素也。(二)人民必有確信爲法律而遵由之之觀感。此所謂慣習之精神的要素也。據此二要素。慣習法之內容定矣。雖然。使之有法律之効力。必由國家付與羈束力。故(三)慣習須俟國家之承認。始爲法律。然則國家之承認。果在如何之時期乎。予折衷第二說及第三說。述之如左。

凡法律非經國家之承認或制定。不能成立。故變慣習而爲法律也。亦必須國家承認之。雖然。國家之承認。不必明示其意思。有默暗之承認即可。但所謂默暗之承認也。如何見之。予以爲人民有確信慣習爲法律之現

象時。即可謂國家有默認之事實也。何也。人民於國家權力之範圍內。確信某行爲之規則爲法律而遵行。國家既不禁拒之。即可推知國家承認其規則也。故慣習經人民確信爲法律而遵行之時。即爲國家默認之時。亦即變爲法律之時也。不必依判決而始爲法律。判決不過明慣習法存在之一事實耳。現今德之查德 *Boyer* 及莫爾 *Mohl* 大體皆採此說。難之者曰。使據此說。慣習因人民確信爲法律之時。即爲法律。然究在於何時耶。雖然。竟曰人民確認慣習爲法律而遵行之時。即國家默認之時。亦即慣習化爲法律之時。固不免仍失之稜稜。然此爲事實問題。非法律問題。事實問題。當於事實求之。此際竟由法理以立論。謂慣習變爲法律之時。在於人民確信爲法律而遵行之時。無不可也。至於實際之時期。可不必於此際深求也。譬如成文法。其爲法律之時。由法理論。在於裁可之時。然實際裁可之時期。必不能明爲指示。故曰實際問題。不能於法律問題中求之也。或又曰。慣習因國家之意思而化爲法律。然今日立憲國之制度。非

從憲法之方式。國家之意思。不能漫爲活動。若從此說。非悖立憲之精神而何。曰。不然。憲法所定。國家積極的表示意思之方法也。慣習之爲法律。國家既不禁止其慣習。又不設反對慣習之規定。依意思之消極的作用。與憲法所定之方式無涉也。

慣習變爲法律之時期。既論之矣。至人民確信慣習爲法律之時。必具左之條件。

(一)其慣習上之行爲。須由不可違背之意而遵行者。

即人民以如受法規羈束之意思而遵行也。不然。由於禮讓友誼而來。不過爲慣習之成立。非慣習法之成立也。例如年始年終之贈禮。二人相逢之脫帽。雖長年月日。爲人民之慣行。終不能成立爲慣習法。又有與慣習法相似而異者。如一定之商人。買賣一定之物品。而爲虛價之慣行。此慣行。在行爲者非確信爲法律而遵由之。故不化爲慣習法。

(二)其慣習須永久繼續遵行者。

非永久繼續遵行者，不得曰慣習法。然則所謂永久者，果須何年月日，仍不能判然確定。察其果行於永久之時間與否，其權屬於裁判官認定之。

在寺院法，以時効必要之年限（少則十年）爲標準。不知慣習法之發生，與時効之完成，毫無關係。蓋慣習法之發生，法規之發生也。時効之完成，權利之得喪也。不得以此例彼。

且慣行須同一。若相似而不同者，不可云一定之慣行。即不能爲慣習法之基礎。又爲慣習法基礎之法行，有行於全國者，有行於一地方者，有行於一定階級或社會間者，然各於其範圍之內，皆能爲慣習法之成立。

（三）其慣習須不背法律，且不害公安。

違背法律，沮害公安之慣習，雖久行於人民之間，然背國家之意思，即不能得國家之承認而爲法律。攷近世各國之法制，皆有慣習法不能

違反成文法廢止成文法之規定。日本亦然。觀之法制民法。即知之矣。

### 第二款 慣習法之證據

古時以慣習法爲事實。故使當事者證明之。近時以爲法律。而不以爲事實。似無所謂證據之問題。雖然。慣習法既爲法律。裁判官必確認其存在。解釋其內容。以適用於事件。且諺所謂裁判所宜知法律之原則。不問成文法與慣習法。無不皆然。因此理由。裁判官對於慣習法。宜與成文法同有不可不知之義務。欲知之。故證據之問題生焉。證據者。即所以決慣習法之存在及內容也。

(第一)裁判官對於慣習法之成在。毫無疑義時。雖當事不爲引用。裁判官可以其職權而適用之。

(第二)慣習法既無記錄之可徵。且有爲局部慣習與特別慣習變化而成者。故裁判官對於一切慣習法。皆宜知之。若不知之。而又疑其存在時。裁判官可自以職權而調查之。或使當事者自爲證明之。當事者自爲

證明之際。非純然事實之證明。裁判官更宜以其職權而補助之。不能羈束夫當事者也。(民訴訟二一九)至職權上之調查與當事者之證明。其所據之方法。大略如左。

(一)證人 訊問證人以知慣習法之存在。由歐洲古代而來之方法也。古時多訊問於條布 *Furd* 以明其存在。或依瓦士條美 *Weisthumei* 以明其存在。條布云者。裁判所管轄區域內。其辯護士檢事及書記之會合也。瓦士條美云者。地方長老之決議也。然至今日。皆廢此法。僅許證人證明。惟不能對於證人之陳述。加以羈束也。

(二)文書 可以證明慣習存在之文書類。亦可取之以爲證據。如判決錄。行政官所發之文書。以及商業會議所決議之報告書是也。古代認商人之意見書。與公記有同一之効力。常以之證明商事慣習。然至近世。雖商業會議所之意見書。亦無効力。

(三)慣習之記錄 慣習之記錄。有直接證明慣習之効力。如法國薩哈

利之商慣習集，並法國美安之列鳩州慣習提要，其爲裁判之標準，不一而足也。

### 第三款 慣習法之効力

羅馬泰格士母法典曰：無成文法之事項，宜遵守風俗慣習。無風俗慣習可遵守時，準據類似之情狀，其他之事宜，則依羅馬府之慣習。是慣習法之有法律効力，自羅馬而已然矣。其後君權強大，各國君主，以慣習法侵害君主法令之効力，皆盡力以排斥之。近世以來，歷史法學派起，其勢復盛，迨及今日，國家主義大興，爲謀法律之統一，其勢力又漸趨衰頹之象矣。平情而論，慣習法雖非單純之慣習，宜與法律有同一之効力，然對於成文法之關係，不可不從左之諸原則。

(第一) 慣習法雖獨立而成一派之法律，然得以成文法廢止之。

(第二) 成文法得限制慣習法，且得以成文法定慣習法之有効條件，又於特定事宜，得以成文法使慣習法失其勢力，或使不發生。

此乃慣習法自然之性質也。現今文明各國。於成文刑法之範圍內。除有明文規定者外。不得處罰人民。是刑法之通則。不認慣習法之成立者也。又就各國之民法觀之。普國民法。定慣習法除編入於法律明文者外。無効力。巴威倫民法。定慣習法之成立。須三十年。西班牙民法。定爲十年。索遜民法。全不許慣習法之成立。是民法之通例。慣習法亦宜受成文法之限制者也。雖然。對於此點。議論亦多。如荷蘭之格機米。論限制廢止慣習法之成文法。及不許慣習法成立之成文法。皆宜無效。此一說也。又如德國之威德夏德及士田古。論成文法。固得以限制禁止慣習法。然須有此成文法。慣習法始不能成立。若此限制禁止之法律。爲慣習法而廢止之者。則慣習法即可自由成立。此又一說也。雖然。此二說皆認慣習法有廢止成文法之効力。皆一偏之論也。

(第三)慣習法可以補充成文法之缺點。解釋成文法之意義。且得以慣習法之意義。附之於成文法。

是即慣習法對於成文法有補充的効力及解釋的効力之謂也。  
(第四)慣習法不得與成文法相矛盾。又不得以之變更廢止成文法。

雖然。對於此點。學說紛如(一)德國沿革法學派之浦塔、查畢尼、范格洛 Vangerow、威德夏德、荷蘭之格機米、美國之斯密士 Smith、西班牙之葉克利修、法國之阿科拉 Accolas 等。皆謂慣習法有變更廢止成文法之効力。若英美之分析法學派。法之葉修霸。比之那廟。Zanoni 乃不認慣習法有此効力者也。前說謂有變更廢止之効力者。彼以爲成文法者。固定物也。社會狀態。隨時變遷。若不認慣習有變更廢止成文法之効力。則不能使法律適合於社會之情狀。而應用於實際。雖然。此蓋觀之羅馬法及古之法律歷史而爲此論者。不知實背近世國家之觀念。何則(一)近世國家立法機關甚備。法律之改廢。亦屬自由。無取乎慣習法有變更廢止成文法之効力也。(二)近世國家。多採成文法主義。且多制定法典。若認慣習法有變更廢止成文法之効力。則有戾乎此主義也。

慣習法與成文法關係。通常以特別之法律規定之。其法制有三。

(一)慣習法定爲有變更廢止成文法之効力者。如巴威倫(民法第一章第一

條)威敦堡、布倫瑞克(一七八二年八月二十五日及一七六五年十月十五日勅令)漢堡是。

(二)慣習法定爲無變更廢止成文法之効力者。如普魯士(民法一三三)墺

地利(民法)法蘭西(一八〇四年正月)荷蘭(民法施行條例三)巴丁(民法第二條三)是。

(三)不許慣習法成立者。如索遜(民法二八)黑西是。

右三種主義之中。以第三種爲集近世法理之萃。德意志新民法草案。於第一讀會採用之。其理由(一)以立法機關作用之活潑如今日。不必慣習法之成立。(二)認慣習法時。則慣習法多。有害法律之統一。(三)法律曖昧。訴訟爭加。雖然。就當時之狀態攷之。尙不能實行此主義。故於第二讀會。改此主義。關於慣習法事項。一任民事施行法之規定。但民事施行法。亦未設規定。故今日之德意志民法。關於慣習法之存在與否。尙有積極消極二說。要而言之。第一種主義。本於德意志沿革法學派之說也。然不合近

世各國之法理。第三種主義。雖無悖各國之法理。然不副今日社會之情形。比較而觀。則以第二種主義爲可。故德意志於第五回法曹之會議。採此主義而規定之。曰(一)成文法及慣習法。共爲獨立之法源。而有同一之効力(二)非特別之需要。不得以成文法而廢慣習法(三)慣習法無廢止成文法之効力(四)慣習法有補充成文法之効力。無特別之理由。不得限制而拒絕之。

#### 第四款 慣習與慣習法之區別

舉慣習與慣習法差異之要點如左。

- (一)慣習因便宜而行之。慣習法則有羈束之意思而行者也。
- (二)慣習爲事實。慣習法則爲法律。
- (三)慣習法與成文法有同等之効力。慣習不過意思表示之一部。故其効力有二。

(一)得以慣習解釋當事者之意思(即解釋之力也)

(二)當事者之意思不足時。得採用慣習以補之(即補充之力也)

例如英國車馬相遇時。有相互避於左方之慣習。若避右方而使兩相衝突。致生損害時。則必賠償其損害。其所以賠償者。非因反慣習而生。乃以行為者之反慣習。由於懈怠。因懈怠。故生賠償之義務也。此為以慣習供解釋意思之一例。又如賣買之際。未定取物之日限。買主至後。得主張從慣習之意思。此為以慣習補充意思之一例也。

(四)慣習法不問當事者知之與否。引用與否。裁判官得以職權而適用之。慣習若當事者不知或不引用時。不能適用。

(五)對於慣習法之存在有疑義時。裁判官以職權得以調查之。慣習必使當事者證明之。

## 第二節 成文法之成立

成文法成立之方法。因各國之法制而異。雖然。近世國家。凡成文法之立也。必依一定之形式。苟違形式。雖制定法律。亦無効力。故法律之制定云

者。謂定有法律効力成文規則之方法也。此作用通常稱曰立法。近來立憲諸國。所謂立法之文辭。皆以狹義解釋。指經議會議決而制定法律之方法。始曰立法。制定他項成文法者。不以立法名之。日本憲法第五條之所謂立法權。亦本此意義。以與命令權相區別。

學者有以成文法之公布。爲法律制定之一要件者。不知公布者。乃公布成文法之內容。對於成文法付與羈束力之行政行爲耳。非制定之要件也。故成文法。雖無公布。若制定手續既終。法律即成立矣。雖然。成文法因類種不同。而制定公布之形式亦異。然皆屬於國家統治權之作用。故關於制定公布之方法。於國家統治權編述之前。不贅。

## 第二章 法律之改廢

### 第一節 慣習法之改廢

慣習法既爲法律。亦與成文法同。不能無改廢之舉。今舉其改廢之原因如左。

(二)相牴觸之新慣習法發生時

兩慣習法相牴觸。不能同時成立。故人民據新慣習法而行動。則相牴觸之舊慣習法。自然廢止。約言之。與舊慣習法相牴觸之新慣習法發生。即舊慣習法廢止之原因也。至新慣習法之發生與否。仍據慣習法成立之標準而決。

(二)制定與慣習相牴觸之成文法時

慣習法雖無改廢成文法之力。然成文法有改廢慣習法之力。故有與慣習法相牴觸之成文法時。慣習法自然改廢。

三)因久不適用

慣習若久不適用。則法律之効力消滅。故廢止。

第二節 成文法之改廢

第一款 由於內因而改廢者

成文法之改廢由於內因者。由於法律自身之原因而改廢之謂也。其要

如左。

(一) 豫定之實施期限告終

法律中對於全部或一部。定有有効之期間者。若其期限告終。法律之全部或一部。當然失其効力。例如千八百八十一年英國所發布之雇主責任條例 *Employers Liability Act* 定爲七年有効。德意志之社會黨鎮壓規則。定爲三年有効之類是也。

(二) 爲目的之事物消滅

爲法律目的之事物消滅。則法律無所用。其効力自然廢止。例如因日俄戰爭。日本發布戒嚴施行令。平和之後。此令失其効力。又如國立銀行條例。若因銀行營業期限終結。而國立銀行悉閉業時。此條例自歸廢止。又如爲穢多(營不潔之業者賤民之稱)制度所設之法律。明治維新以後。此制廢止。故關於此制之法律。亦同歸廢止。蓋以上諸法律。皆各以其事物之存續。爲法律存在之必要條件者也。世人有疑此原則爲不當者。雖

然此原則不但爲多數學者所承認。且徵之實際。亦不可少。何也。若使成文法之効力。必因後之成文法發布。始歸消滅。則明治時代之人民。尙必遵守北條時代德川時代之法律。蓋北條時代德川時代之法律。亦國家之成文法。雖制定此法律之機關。已經消滅。然未嘗發布成文法使之廢止。不得謂此法律歸於消滅也。由是而言。法律之廢止。以事物之存續爲標準。若爲目的之事物既消滅。其法律之効力。同歸消滅。自然之勢也。雖然。若法律制定時之事情有變遷。不得生法律之消滅。蓋法律制定時之事情。爲法律制定之理由。所以生立法者制定法律之原動也。若其事情有變遷。更宜使立法者爲改正法律之理由。再生改正法律之原動力。不得與爲目的之事物消滅相混。而謂歸於廢止。

### (三)適用之事件終結

以新法改正舊法之時。發布調和新舊二法之法律。名曰經過法。經過法至新法實施時而廢止。例如日本明治十四年第八十一號之布告

是也。此布告定改正律例存在之時代而犯罪。於現行刑法實施後而發覺者。照新舊二法。從輕處斷。故舊法時代之犯人。至於今日。或處刑。或死亡。或權時効。新刑法全然有其効力。而此經過法自歸廢止之類是也。

學者對於以上諸原因外。尚有附加二原因。一曰理由之消滅。一曰不適用。

(第一)理由之消滅 法語曰。正當之理由有消滅。法律亦消滅。○*Cessante*

*ratione legis cessat et ipsa lex* 若以此正當之理由。解爲目的之事件時。

自應列於前記之原則中。然學者以此理由爲法律制定必要之理由。不以爲目的之事件。故法律制定必要之理由有消滅。即事情之消滅。法律之効力亦有消滅。雖然。法律當明示默示之廢止以前。宜永遠有其効力。不待論矣。然立法者制定法律之時。非直以其理由而組成法律之全部。故如何法律。因如何理由而制定。恐立法者之外。世人無由

知之。然則此種理由之消滅與否。其與法律之成立。無毫末之關係。可不煩言解矣。羅馬法典曰。古來之法律。不能逐一討求其理由。何也。若討求之而不能發見。直以之廢棄法律。恐古來之法律。半皆失其效力矣。故法律制定之理由。雖有消滅。尙可存續其效力。現今之學者。判決例。及諸國之法律。大半皆持此說。

(第二)不適用 *Desuetude* 法律因不適用而得消滅與否。學者議論歧出。或謂不適用可以廢止法律。其立論根據。與羅馬之法曹同。謂法律之所以有效力者。由於人民之承諾。若久不適用。人民有厭惡之意。可知。或謂成文法既永久不適用。法律自身。有表示廢止之意。雖然。此種議論。或誤成文法之性質。或背國家之觀念。皆不足以自圓其說也。要之國家既以一定之形式。表示其意思矣。除內容具有可改廢之原因外。非以同一之形式。不得廢棄而消滅之。且人民雖不主張法律所與之權利。國家雖無適用法律之事實。而此法律之効力。終不能奪。彼謂不

適用可以廢止法律者。其殆泥於羅馬法之議論者矣。現今普(九)民(五) 奧(九)荷(五)意(五)諸國之民法。皆規定立法者廢止法律變更法律之前。其法律皆繼續有其効力。是謂不適用不能廢止法律之明證也。英國之判決例。亦採此主義云。

### 第二節 由於外因而改廢者

成文法之改廢。由於外因者。謂由於法律以外之原因而改廢也。分爲明示默示二種。

#### (一)明示之改廢

明示之改廢者。以新法指定舊法廢止之謂也。例如日本刑事訴訟法附則第五條曰。此法律自明治二十三年十一月一日施行。即由其日廢止治罪法。又府縣制第四百十六條曰。明治十三年第十五號布告府縣會規則。明治十四年第八號布告區郡部會規則。明治二十二年法律第六號府縣會議員選舉規則。其他與此法律相牴觸之法規。於

此法律施行之府縣。失其効力。是皆以明文指定廢止舊法之例也。又日本從來之慣例。舊法廢止之明文。設附則附於新法之末。以規定之。率爲常例。

(二) 默示之改廢

默示之改廢者。雖不以新法明言舊法之廢止。若新法有與舊法相牴觸者。則舊法自然歸於改廢之謂也。蓋新舊二法相矛盾時。得以推測立法者改廢之意思也。法語曰「新法廢止舊法」(Posteriora derogant prioribus)。例如日本刑法。雖無廢止改定律例之明文。然此二者相矛盾。故改定律例。因刑法之實施。歸於廢止之類是也。又日本當新法之發布也。往往於其前文或附則。設從來之法律規則。若與此法律相牴觸者。廢止之。不牴觸者。仍然有其効力之規定。如憲法第七十六條是也。然此等之規定。不過就默示改廢之理論。特別明言之而已。縱令無此明文。相牴觸之法律。亦不能不廢止舊法律也。





---

後又發布商法。若銀行條例之規則。與商事會社之規則有牴觸。銀行條例不能廢止。蓋銀行條例爲特法故也。是以前之特法。非因後之特法。不受默示之改廢也。

## 第三編 法律之效力

法律之效力者。謂法律所有之權力也。法律者。爲國家之法則。當一定事實之發生。必付與一定之效果。所謂法律之效力者。即指此而言。其他所謂法律之支配力、羈束力者。皆效力之別名也。夫惟其然。故法律之效力及於如何之時。如何之人。如何之地。如何之事。皆爲治法學者所宜探討之問題。此余所以分論法律之效力。因時、因人、因地、因事者也。雖然。四者之中。以正確而論。關於事之效力。不當屬於法律效力之中。何也。關於法律效力之事。不出法律關係之外。既爲法律關係以上者。法律悉支配之。因法律關係種類之異。而支配之法律。種別亦殊。如刑法支配刑事。民法支配民事是也。故關於法律效力所及之事。不能限之於範圍之內。惟法律關係。往往有涉外事項。有時因國際之禮讓。便宜。又或因必須情形。特以本國法律。認外國法之效力。適用其規則。且因如何種類之事項。適用

本國法。如何種類之事項。適用外國法爲本國法。從來學者論釋法律。關於事之效力。即以此爲標準。故本編以便宜計。特釋涉外關係法律之效力。且做諸學者論釋關於事之效力云。

### 第一章 法律之效力因乎時者

法律效力因乎時者。謂因時而生法律之羈束力也。詳言之。在知法律於何時生其效力。於何時失其效力之謂也。有效力之法律云者。凡一定事實之發生。與以一定效果之力。所謂現行法是也。是故成立以前。廢止以後。皆無所謂法律。法律之效力。始於成立。終於廢止。但停止之間。一時中止其羈束力耳。茲論之如左。

一、法律自成立時生效力。不問慣習法與成文法。皆自其成立時生效力。支配其成立後發生之事實。然特宜研究者。有二問題。一曰法律之施行期限。一曰法律不溯既往之原則。

(一)法律之施行期限。成文法因制定手續既終。可告成立。然非公布。

則人民無由周知。但公布之時。未必即爲通國周知之時。若就人民未知之法律。強使遵由。非虐民而何。是以近世法制。欲使人民周知法律。凡成文法之施行。設一定之期限。待其期限之至而實施之。此期限曰施行期限。自公布之日始。至施行期限止。曰猶豫期間。德法學者中。或以施行期限。爲公布行爲之完成時期。不知公布者。爲登載官報。或以他公布式。爲公布之完結。其至施行期限止者。不過使人民周知法律。與以一定之猶豫期間耳。

施行期限之方法有三。(一)自公布之日。全國一律實施。(二)自公布以後。經一定之期間。全國同時實施。(三)定到達期間。因去公布地距離之遠近。各地施行期限不同。日本公文式(公式一)採用第三法。法例(法例一)採用第二法。蓋在交通未開。疆場遼濶之國。各地施行期限。不能無殊。自應採第三法。若舟車大通。郵傳便捷之時。以採第二法爲當。今日意大利。比利時。德意志。皆用此法。日本法例亦然。英國古時施行期限。極

爲奇特。凡議會之會期。擬爲一日。法律皆自開會之初日施行。故名曰不溯既往。實際生反致效之法律。甚不當也。是以近來更易之。

日本現制。分法律施行期限。爲通常施行期限、特別施行期限、二種。通常施行期限。從普通之規定。適用各法令之施行期限。若據公文式。則爲官報到達日之後七日。若據法例。則爲自公布之日。滿二十日。(一)公式  
法例

故據現行法。日本國法上之意義。法律與命令。通常施行期限不同。殊覺失當。特別施行期限。因各法令特別所定之施行期限。或較通常施行期限爲短。例如日清戰爭、日俄戰爭、所發各種之命令。概自公布之日實施是也。或較通常施行期限爲長。例如民法商法。公布之後。閱數月而後實施者是也。凡無法令規定施行期限者。率從通常施行期限。其爲特別施行期限者。必明記於法令或他法令中也。

成文法之施行期限。自公布之日起算者爲多。故知何謂公布。公布之日爲何時。最爲重要。日本法律、勅令、省令、等。以登載於官報。廳府縣令

等。以登載於特別公報。或特定新聞紙者。爲公布之正式。故以登載之日。爲公布之日。由公布之翌日起算施行期限。由滿期限之翌日。爲實施之期。成文法至施行期限。生實施之效力。不問人民之能力及事情如何。不得以不知法律爲口實。冀免責任。此不識法律者不宥恕之原則所由生也。蓋若藉口不知法律。得免責任。則法律效力。將空有其名而已。然亦有例外者如左。

(甲)因天災時變。實際不知法律之時。此際縱令施行期限已至。亦有不施行法律者。例如公文式因天災時變。於官報到達日數內。未到達者。由到達之翌日起算(公式)是也。此外如北海道、沖繩縣、及島。皆設有例外。(公式)若法例則無此例外之規定。惟以法律所定不同之施行期限。不在此限。臺灣、北海道、沖繩縣、及他島地。得以勅令定特別施行期限。(法例)而已。

(乙)因人民之私意。得除去適用法律之規定時。此際法律。惟解釋人

民之意思。設普通之條規。故人民不知此規則。雖爲反對之意思表示。不背前之原則。是即聽任法之特質也。於契約多見之。

(二)法律不溯既往之原則。法律效力。無溯既往之原則。自載在茹斯底年帝科德克法典以來。法國民法普國州法等諸國之法律。皆襲用之。爲法律關於時之效力中。最重要不可移易之大原則。此原則之意義。謂法律僅得於實施力發生以後之事項適用之。若實施力發生以前之事項。不得適用之也。蓋法律若及於過去之事項。是以未成立之法律。而先命人民遵守。昨是今非。使人民靡所適從。典堡曰。國家從法律所與之權利。一旦奪去。則人民不信賴法律。而國家之威權失墜。故此原則證諸法理。按諸公益。實爲公平之準則。且爲簡明之意義。然實際應用。疑義百出。故前世紀以來。學說極爲囂囂。云。

所謂法律不溯既往之原則。非立法之原則。蓋立法者得溯既往。制定法律。此事至於今日。全爲學者所承認。然歷來法制學說。往往以此原

則羈束立法者。其爲立法原則者。以北美合衆國爲始。其憲法中有禁發事後法 *Exposito facto law* 之明文。次則法國共和三年所發布憲法第十四條。諾威憲法第九十七條。皆以之爲立法之原則。憲法之明文如此。當時學者。謂爲立法之原則。亦誠有所不得已也。法國憲法學者孔士丹 *Benjamin Constant* 曰「法律之反致效。爲法律暴虐之最大者。反致效者。爲以法律剝奪法律之性質。故溯既往之法律。非法律也。然繩以近世學說。則曩者之法制學說。誤謬若此。昭然若揭矣。立法政策。固避法律之反致效。然法律者。應國家之緩急制定者也。故溯既往之法律。亦有不可忽者。蓋本政治、社會、經濟、道德之理由。使法律之效力。宜溯過去者爲多。若以此原則爲立法之原則。則國家改革昔日之弊端。宥恕已往之犯罪。輕減歷來之苛稅。凡如此類之法律。舉皆不得而制定之。而法律終不得有改良之望。故溯既往之法律。亦不能全謂爲惡法。况謂爲非法律也乎。此余所以謂此原則非立法之原則也。既非立

法之原則。則因立法者之意思。溯既往之法律。亦屬當然之事也。其所生之結果如左。

(甲)法律明文。規定得溯既往之時。則法律之效力。亦溯既往。新法明定法律適用公布以前之事物者。不一而足。且保護歷來之權利。芟除昔日之弊習者亦多。然不利於既得之權利。或有害社會之法律。苟有溯及既往之明文。裁判官不得拒而不用之也。法國共和二年四月十七日之法律。與私生子嫡出子以同等權利。自共和一年七月十四日以後。一切相續。開始適用。其一例也。又由各國立法例觀之。刑罰法令。無論其以不溯及爲原則。其未經確定判決之事件。比較新舊法。從輕處斷。此時溯及輕罰之法。規者爲多。

(乙)法律雖無明文。然在立法者之意思。明白溯及既往者。則其法律之效力。亦溯及既往。以新法爲根據。廢止舊法。若新法不溯既往。不能達其目的之時。則因其目的。解釋立法者之意。例如奴隸廢止之法律。

溯及既往是也。

(丙)法律性質。其效力溯及既往者。當然溯既往。法律性質。其效力及既往者。當然有反致效。蓋立法者之意。思在明溯既往故也。例如解釋法。確定舊來法律之意義。故溯既往是也。

法律不溯及之原則。非立法之原則。既論之矣。故近世學說及法制之趨向。皆僅以之爲法律適用之準則。定法律因乎時之效力。當適用法律之時。除有反對規定外。無適用既往之事物者。蓋通常事宜。法律適用既往之事物。其不合條理。固不待論。且羅馬特德條士帝以勅令規定之曰。凡法令者。規定將來。其效果不及過去之事實及行爲。但以明文溯及過去或未終之行爲者。不在此限。[茹斯底年帝。以此勅令。載在科德克法典。決非以之爲立法之原則。是以近世諸國。多襲用之。法。荷意。比。普。奧。索。遜等國之民法。皆有此規定也。

法律不溯既往之原則。僅爲法律適用之原則。故新舊二法踵出之時。

同一事項。規定各異者。新法支配公布以後之事。舊法支配新法公布以前之事。然實際應用。則又疑問續出。其意義有不能瞭然者。(一)舊法時代。全然了結之事物。以舊法支配之。與新法無涉。(二)新法時代。始有之事物。以新法支配之。非舊法所知。此二者皆易解釋者也。(三)惟於舊法時代發生之事物。於新法時代始生效果。或告成功。則新舊二法。將何擇而從。關於此原則之應用所以生疑也。或謂立法者。於此時發經過法。Transitory Law 定新舊二法適用之界限。例如明治十四年十二月。新舊刑法之適用。發第八十一號布告是也。雖然。若立法者未發此類之法律。則新舊二者之間。將如何而後可。曰。此必別求應用之方法。不能應用法律不溯及之原則也。

抑國家之所以廢止舊法。制定新法者。以新法之適於公益。較舊法完備。是以新法適用之日。雖淺。必較舊法爲速。且欲其推及全體。爲當然之事。故常有害一私人之利益。而無枉國家公益之理。爲法律適用之

第一原則。然因國家之新法。使人民廢滅以前取得之權利。非所以增進國家之公益。維持法律之信用也。且變更人民現有之身分財產。不可謂適於道德。利於經濟。於是乎以新法不害人民之權利。爲法律適用之第二原則。故解法律不溯及之原則。謂法律溯既往。其效力不及既得權。爲深合法律適用之法理也。然欲其意義之釋然。必釋既得權之爲何物。

既得權者。謂特定之人。因特定之法律行爲取得之權利。不得以他人之行爲消滅之者。例如因婚姻取得夫權。因契約取得債權。皆因法律行爲而取得。他人不得侵越之者是也。既得權所生之結果如左。

(甲)希望取得之權利。非既得權。將來希望取得之權利。因他人行爲事件之發生。而得消滅者。爲單純之希望。名之曰未得權。非既得權也。例如因時效取得所有權之希望。因所有者之行爲而消滅。爲未定權。非既得權。故適用以新法改正之時效法。阻絕其希望。非有背於原則。

也。相續之始。相續人有相續之希望者亦然。但單純希望。因附着條件與期限之如何。不得與不能行使之權利相混同也。

(乙)通俗所謂普通之權利。非既得權。既得權者。謂特定之人。因特定法律行為取得之權利。故公眾全體。或屬於國民一部之共同利益。爲反射權。又曰權能。非既得權也。蓋國家維持法律之反射。屬於各人之利益。法律原未與以積極之權利。故雖適用新法。有害此種之利益。不與原則相背馳也。例如舊法許人民通行一定之道路。或許登之山嶽。若以新法廢滅此利益之時。則人民皆適用新法也。

(丙)人身權非既得權。人身權者。謂人享有爲人之資格。生來所有身體、生命、自由之權利。又因親族位置。得有親權夫權是也。以上數者。皆非因法律行為取得。故非既得權。是以雖有變更制限。適用新法。不背原則也。但爲妻爲夫之身分。與屬其身分之權利。二者不可混同也。

綜觀諸論。證以此原則之法制學說。益爲確實。蓋古時法制。概以此原

則爲單純體裁。僅謂法律效果。不及過去之行爲事件。未明言其效果。不及既得權。例如普法荷意諸國民法是也。此種規定。若嚴爲解釋。多有不適。學者制限此規則。謂法律溯既往。其效果不及既得之權利。及既遂之行爲。新法之效果。得及於未定之權利。未遂之行爲。墮國民法改原則之體裁。規定。法律不溯既往。故其效果不及既遂之行爲。既得之權利。然不免失諸廣汎。何也。立法者對於公益。上既遂之行爲。既得之權利。往往有認爲法律之效果者。索遜民法。又改其體裁。規定。法律效果。不及於既遂之行爲。既得之權利。但以法律之明文。又因目的有反對之規定者。不在此限。於是此原則始得正確意義之表示。學說亦漸趨一致矣。雖然。猶未爲完全也。蓋法律惟設權利之規定。故雖既遂之行爲。不生權利者。法律不保護之。以是知法律不溯及之原則。惟以立法者意思之外。法律之效果。不及既得權。爲簡當耳。

二、法律停止之間無效力 法律停止者。謂一定之期間。停止法律之效

力也。法律之停止。與法律之廢止不同。不過一時停止其適用耳。故停止之原因消滅。從來之法律。再回復其效力。例如戒嚴之時。與戒嚴之地域內。不適用某種法律是也。

法律因廢止失其效力。法律因廢止而消滅。消滅之法律無效力。以故廢止之舊法。無支配現在及將來發生事實之力。然發生於舊法下之事實。無他規定者。將來仍受舊法之支配。例如爭訟事件。裁判所猶適用舊法也。

## 第二章 法律之效力因乎人者

法律之效力因乎人者。謂因人而生法律之羈束力也。故論關於人之法律效力。在究法律之羈束力。及於如何之人。此種問題之主義。歷有變遷。蓋古代民族主義盛行。主權者爲一民族之首長。非一國之元首。故其法律。亦不限於一定之區域。部下臣民。無論遷徙何地。皆必承命惟謹。此種民族法律。名曰屬人主義 *Personality* 之法律。中古以還。國家漸化爲一定

地域之團體。民族主權。變而爲屬地主權。法律亦漸由屬人主義。移而爲屬地主義。Territoriality。迨至近世法律。遂全爲屬地主義。凡在一國之土地內者。無不從其國之法律。率本此爲原則。然極端適用。不無滯塞之虞。於是有所謂區別法主義生焉。區別法規之性質。爲折衷之適用。限制屬地主義。則又近世之所趨向者也。今就關於人之法律效力。舉其重要之原則如左。

一。凡法律。國民全體皆宜遵守。國權支配全國之人。故國民悉服從其國之法律。此原則爲關於人之法律效力中。最爲廣汎者。其稍加限制者。如下所述。

二。因人之特法。僅某種類之國民遵守之。因人之特法。已論於前。此種法律。惟限特定人遵守之。例如華族世襲財產法。僅華族遵守之。陸海軍刑法。僅軍人遵守之是也。

三。得法律之免除者。限於受免除之事項。無遵守之義務。法律之免除

者。謂對於特別之人。不適用法律之謂也。法律之免除。與法律之停止不同。法律之停止者。謂某期間全體法律不適用之謂。法律之免除者。謂特別之際。對於特別之人。不適用法律之謂。又法律之免除。與通常所稱特權不同。特權者。因特法。而入特法內之國民。一律所有之權利也。法律之免除者。全體適用之法律。對於特別之人。不適用也。故與以特權者。尙有特法之適用。法律之免除者。法律之不適用也。然亦有謂法律之免除爲特權者。此際特權之名詞。蓋指廣義而言也。法律免除之最著者。爲大赦特赦。此時受刑罰宣告者。特爲免除。故曰對於特別之人。不適用法律也。但得免除者。僅限免除事項。免遵守法律之義務。此外之事項。則仍有遵守法律之義務。不可一概論也。

四、國民在留外國時。從在留國之法律。近世法律。本屬地主義而來。凡一國之國民。有遵守本國法律之義務。若在外國之領土內。則必從外國之法律。以故在留國之刑罰法。以及公共安寧秩序善良風俗之法

規尤宜遵守。然此原則亦有例外。例如本國法所命之義務。在留外國之國民。定爲適用之法規。不得以在留外國之故。而免其責任也。近世文明進步。交通頻繁。因國際上之互讓。使在留外國人。關於一定之事項。從其本國法者。今列舉如左。

(一)本國國民。在留外國時。其身分能力。仍從本國法。日本法例。凡人  
之能力。從本國法。(二)法例凡親族關係及由此關係所生之權利義務。亦  
從本國法。蓋本此原則而來。(二)法例所謂身分云者。由權利義務之集  
合而成。總稱人於親族關係之地位。即以消極論。亦非因契約立於社  
會之地位也。然身分一語。時生誤解。日本法例。特定爲親族關係及由  
此而生之權利義務。(二)法例故茲所謂身分者。總稱戶主、家族、親子、夫婦  
之關係及由是所生相續之順位。扶養之義務。是也。能力云者。指示享  
有權利行使權利者之適格與否而言。凡公私權享有行使。及剝奪。皆  
屬之。例如成年、未成年、自治產、禁治產、後見、婚姻能力、養子能力、妻之

能力、財產取得處分之能力、遺言之能力、是也。凡此類事項諸法則。悉從本國法。爲近世文明國之通義。蓋身分能力之事。關於各國氣候風俗人情慣習。最爲密切。各國國民。皆有特色。是以此類事項。以依據本國法爲當也。例如日本男子。非至十七歲。女子非至十五歲者。不得爲婚姻。然在英國。男子以十四歲。女子以十二歲。爲適婚年齡。若日本國民。在留英國時。十五歲之男子。與十三歲之女子結婚。其身分能力。若繩以日本國法。不認爲夫婦身分也。

(二)國民雖在外國。公法上之義務。仍從本國法。公法上國民之義務。爲納稅兵役之義務。及從事公務之義務。如憲法行政法所定之義務是也。此等義務。專因國籍而定。故苟爲一國之國民。雖在留外國。未脫本國國籍者。不能免此義務也。又在留外國之國民。通例從在留國之刑法。不受本國刑法之適用。然無論何國。本國之國民。在外國犯罪。害及本國安甯秩序。例如對於皇室之罪。謀叛之罪。貨幣僞造之罪。通常

仍適用本國刑法處斷之。惟國家之刑罰權。不能行於外國。必俟在留國民之歸來。而後處罰之耳。

(三)在留外國而有治外法權者。從本國法。治外法權者。謂在留外國一時。不從在留國之法律。有從本國法之特權也。有治外法權者如左。

(甲)外國君主、大統領、及其從者。

(乙)外國公使、公使館員、及其家族、從者。

(丙)外國軍隊。

(丁)因條約有治外法權之人民。

五、法律之效力。不及於君主。君主爲國家之元首。因元首之地位。不受法律之效力。何也。若法律效力。施及君主。則召至法廷。或受責罰。既傷尊嚴。又害公益。非所以處置君主者也。法律效力。不及君主。既本公益之理由。故無害公益之虞。然徵諸實際。君主亦有適用法律者。(一)政治事項。君主全無責任。大臣負擔其責任。(二)民事事項。其區別如下。(甲)人

事。即君主成年未成年婚姻等事項。通例從諸國特別之規程。不依普通之民法。(乙)財產。無別項規定者。通例從民法之規則。(丙)民事訴訟。近世諸國對於君主。多採提起訴訟之制。然其手續不用通常之民事訴訟法。別有特種之手續。不以君主爲被告。以出納官吏爲被告。英國則實際與訴訟無異。然特名之曰權利請願。裁判官受理之前。必受皇帝之勅許。(三)刑事事項。君主全無責任。英國古來格言。謂王不能爲惡事。爲各國所同認之原則。名之曰君主之神聖不可侵權。即君主無論如何行爲。法律上不謂爲惡事也。

皇族及大統領。與君主不同。無不受法律之效力。惟受法律免除之事項。得有特權耳。例如法國大統領。除謀叛之外。無刑事上之責任是也。日本皇室典範。與帝國憲法。相合爲國家根本法。對於天皇及皇族。皆不適用普通之法律。從別定之法規。此普通法令以外。所以有皇室令也。

對於外國人之法律。限在留者有效力。但有治外法權者。不在此限。私法不問內外人。一律適用。爲近世諸國之通例。但外國人適用法律事項之性質。或適用本國法。或認外國法之效力而適用之。若公法事項。則有區別。例如選舉法律。官吏公吏法律。兵役法律。皆必有公法中人民之資格。其效力不及於外國人。此亦率爲通例。蓋此類事項。與國籍有密接之關係。一人不得兼爲數國之國民也。若安寧秩序風俗衛生刑罰警察諸法律。其效力及於外國人。比國那廟論其理由曰。若外國人任意破壞此種法律。將何以維持其國家之秩序乎。此種法律。所以保護外國人之身體財產。故外國人之報酬之者。亦不能不尊重其國人之身體財產也。

### 第三章 法律之效力因乎地者

法律效力因乎地者。謂因地而生法律之羈束力也。討究此問題。在知法律所行土地之範圍。今舉其重要原則如左。

一、凡法律通行全國，屬人主義時代之法律，僅行於部下之人民。外國人及他種族之人民，雖在其國境內，法律無及之者。泊乎近世，屬地主義大行，一國之法律，不行於國境之外，而國境之範圍內，則無不行之。苟入其國境者，不問其人種國籍之如何，皆以服從其法律爲通例。此爲法律關於地之效力中之最廣汎者。然亦有特別情形規則，或行於國外者，或不行於國內者。故曰法境不以國境爲界。以下所論，爲此原則之例外者。

二、因地之特法，僅行於國內之一部。例如英國之不動產，以長子相續爲通則，而硜特州則行分配相續法。Cavelland 此種相續法爲特法，故僅行於英國一部之硜特州，而不能行於英國全國是也。又若聯邦，若合衆國，此例最多。普國民法，僅行於德意志帝國一部之普魯士。紐育憲法，僅行於北美合衆國一部之紐育州。是其例也。又若一國之土地，法境不同，而有相類似之法律，則法境之狹者，通例勝於廣者。例如一

市府有一市府之法。市府之上有州法。州法之上有國法。當其支配市府之人民也。市法勝於州法。州法勝於國法。惟市法州法。就適法成立者而言。若國法規定同一之事項。仍從國法。不認市法州法。例如德國刑法。支配德意志全國是也。

三、法律不行於效力停止之地。法律之停止。有限時間與地者。於停止期間內。所包含之地域。不行一定之法律。例如發布戒嚴令於臨戰地方。或合圍地境。不行某種類之法律是也。

四、法律行於本國之領海。凡海洋爲世界人民所公用。各國船舶。皆許自由通航。雖然。若一國之領土。僅以海岸爲界限。則海岸之一步以外。即非國權所能及。非所以維持國家之安寧。而人民之利益。亦瀕於危殆矣。故國際法特認領海。使各國於沿岸之一定範圍內。爲其國之領海。得施其國權。領海以內。得行自國之法律。外國船舶。亦必服從。成爲通例。蓋所以鞏固國防也。國際法原則。爲今日所承認者。由海岸距三

海里爲領海。蓋以礮彈所達最遠距離爲標準也。

五、法律因治外法權之結果。行於外國。治外法權。具釋於前。謂在外國時。不服從外國國法之特權也。故有治外法權者。本國法常行於外國。例如在外公使館。又居留地有治外法權。視同本國之領地。施行本國法律者是也。

六、法律行於在外國領海之軍艦及公船內。公船者。謂帶國家公務之船舶。例如戰時運送船運兵船是也。軍艦及公船。在本國領海及大洋時。固受本國之法律。即入外國領海內。亦受本國法之支配。是蓋出於國家互讓。實際必需之結果。國際法上。使軍艦公船。亦有治外法權者也。例如碇泊長崎之德意志軍艦內。有犯罪者。從德意志法處斷。不能適用日本刑法也。

七、本國船舶在公海中。行本國之法律。本國之領海內。必行本國之法律。故普通船舶。如商船之類。入他國領海內時。必從他國之法律。蓋普

通船舶。非軍艦公船。雖服從外國法律。無傷本國之國權。若在公海時。既非一國之領海。又不屬一國之管轄權。其適用本國之法律。自然之勢也。

#### 第四章 法律之效力因乎事者

法律效力因乎事者。謂法律及於法律關係之羈束力也。討究此問題。在究法律關係之種類如何。及適用之法律如何。然法律關係。有與外國有關係者。因其事項之性質。或適用本國法。或適用外國法。今所欲論釋者。在因如何事項。適用本國法。如何事項。適用外國法也。故論關於事之法律效力。解爲涉外法律關係。法律適用之意義可也。夫涉外法律關係者。謂凡與外國有關係之法律關係也。其與外國生交涉者。因法律關係所含之人、物、及其關係所生之地、之如何。故論涉外關係法律之效力。在論支配涉外法律關係之法律。爲如何之法律也。

就涉外法律關係適用外國法而言。有宜注意者。凡近世法律觀念。採屬

地主義。國家於本國之領土內。以專行本國之法律。排斥外國法爲原則。不使外國法行於本國內。故於一國生涉外法律關係時。其適用之法律。無不爲本國法。然近世文明諸國。交通頻繁之結果。涉外法律關係。不能悉從本國法所定之規則。故因夫事宜。關於法律關係。以本國法認外國法特附與法律之效力。而適用其規則者。蓋本於文明國之互讓。雖謂涉外法律關係爲適用外國法可也。雖然。又不得謂本外國國家之權力。使外國法行於本國內。謂以本國國家之權力。與外國法以法律之效力而適用之也。故正確言之。非謂涉外關係適用外國法也。謂從外國法之規則裁判。而適用本國法。其主動在我而不在彼也。茲所論者。謂一定之涉外關係因如何事項。適用本國法律。又因如何事項。特以本國法律認外國法也。今細釋關於各事項之準據法如左。

一、關於身分能力事項。從本國法。 *Lex domicilii* 人之身分能力。爲統一的。若於一國爲有能力者。於他國爲無能力者。最反於事理之常。故身

分能力之事。必以其人之本國法支配之。爲國際私法上所公認者也。蓋法律因其國之風土慣習人情而生。身分能力亦然。

二、關於財產事項。其區別如左。

(一)關於物權事項。從其目的物之所在地法。Lex loci rei sitae 凡動產不動產之物權事項。從其目的物所在地之法。爲現今國際私法上之通例。日本法例第十條。亦認此原則。然觀之古來諸國之立法例及學說。不動產宜從所在地法。蓋以自國土地。適用外國法。似與一國領土國權之觀念相背馳也。洎乎近世。有謂不動產固宜從所在地法。而動產無妨從所有者之本國法。或從占有者之住所地法者。不知近世以來。商工業極發達。涉外關係亦增加。使動產一一從所有者之本國法。實際多生掣肘之虞。且近世國家觀念。凡領土內之物件。無不從本國法。固無動產不動產之區別。使概從所有者之本國法。設爲國籍不同數人共有者之動產。則又不能定適用之法律矣。故從所在地法之主

義。爲今日多數學者所贊同。凡關於物權事項。其權利之性質。存否。效力。得喪。移轉。及他事件。皆從所在地法。縱令係外國人所有。其目的物存在本國內。仍適用本國法。但動產有移轉之性質。故適用之法律。因地而殊。例如在甲國購買物件。通行乙國。而售之丙國。當其購買時。從甲國法。通行乙國時。從乙國法。售之丙國時。從丙國法是也。

(二)關於債權事項。有契約者。從契約地之法。Lex loci contractus 有他種原因者。從原因發生地之法。Lex loci actus, Lex loci delicti commissi 關於法律行爲之法律。多爲聽任法。助各人任意之行爲。避複雜條件之煩。故通例適用合意之法律。推測當事者明示或默示之意思。(法例七)多數學者。皆採此說。例如甲乙二人。在丙國訂立契約。明言從丁國之法律。日本裁判官。仍從丁國法之規定是也。若當事者意思不明之際。有從履行地法之說。有從債務者住所地法之說。日本法例(法例七)從行爲地之法律。

債務不特由法律行為發生。亦有由他之原因（即事務管理、不當利得、不法行為發生者。此等情形。有一定之事實。法律命以一定之義務。適用事實發生地之法律。不得探求當事者之意思。）（法例）例如甲者在丙國損害乙者之財產。於丁國起訟時。丁國裁判所。從丙國之法律。定甲者之責任是也。

三、關於相續及遺贈事項。從被相續人及遺贈者之本國法。相續事項。從被相續人之本國法。今日學者。殆歸一致。日本法例第二十五條。亦採此主義。蓋相續之關係。由親族及家族之關係而生。被相續人。必希望從本國法。若適用財產所在地法。則當遺產散在之際。既害被相續者之意思。且生種種之掣肘。關於遺贈亦然。例如法國人在日本死亡。不問其財產存留何國。從分配相續法是也。

四、關於行為方式事項。從行為地法。Lex loci actus 此為國際私法中原則之一。法語所謂「地方支配行為」Locus regit actum 者是也。其理由如

下(一)行爲方式。若必從本國法。則不能爲之行爲甚多。(二)行爲之方式。爲保護當事者而設。各國國情。其揆不一。故必從行爲地之方式。例如英國人在德國訂立契約。從德國法作公正證書或私署證書時。其後於法國起訴訟法。法國裁判官。與公正證書私署證書之效力是也。(八)例(項)學者或謂地方支配行爲。指一切之行爲而言。不知文字雖指行爲。實則指行爲之形式而言。歐美學者。殆無異說也。方式有二。一曰內部方式。謂法律行爲實質之條件。例如契約成立條件。當事者之能力。是也。二曰外部方式。謂法律行爲之證據。例如通常證書是也。所謂地方支配行爲之方式。專指外部方式而言也。

五、關於訴訟手續事項。從法廷地法。Lex Fori 訴訟手續。從提起訴訟國之法律。蓋訴訟手續之法律。屬於公法。故一國之裁判所。從其國法所定組織權限之外。不認外國法。例如訴訟原被告兩造。皆爲外國人。其原因雖起於外國。而訴訟之書式。審判之手續。採證之規則。執行之方法。

皆從裁判所所在地之法是也。

右所論釋。爲涉外法律關係。適用法律之原則。諸種原則。雖有認外國法之效力者。苟關於本國之公安。決不認外國法之效力。不問當事者之國籍如何。行爲地如何。財產性質如何。必適用本國法也。夫既害及一國之公安。猶認外國法之效力。則與國權之觀念。全不相容。例如身分能力。以從本國法爲原則。苟有害公安損公益之虞。則其身分能力。不能從外國法。例如北美合衆國不認貴族之特權。英國不認奴隸持主之身分。德意志不認土耳其人一夫數妻所生之身分能力是也。日本法例第三十條。從外國法之際。若其規定。有背於公之秩序善良風俗者。不得適用。亦所以表明此原則也。

## 第四編 法律之運用

國家之有法律也。不施諸事實。無以徵法律之效。確認法律效力之施行。是爲法律之行用。當其行用之時。必明其疑義。定其真義。補其不足。是爲法律之解釋、鑑識、補充、行用者。形也。解釋、鑑識、補充、三者。影也。形之所在。影必隨之。合此四者。是爲法律之運用。此本編所以論法律之行用。而並及解釋、鑑識、補充、三者也。

### 第一章 法律之行用

#### 第一節 法律行用之意義

法律者。非徒爲法律而已也。必施諸事實。始收其實效。施諸事實者。謂對於特別之事實。確認法律之效力。所謂法律之行用者是也。法律之行用。不獨有公權力者有之。雖一私人亦得爲之。例如學者攻究法理。人民營適法之生活。適施法律於事實是也。然通常所謂法律之行用者。指有威

信之法律實行者而言。謂以國家權力對於事實。認許適用法律效力之義。若適施於一私人之法律。不謂之行用也。

法律之行用。通常行政官及裁判官司之。行政官行用法律而爲行政處分。裁判官行用法律而爲裁判。以行政處分爲目的者。曰法律之執行。以裁判爲目的者。曰法律之適用。例如行政官本租稅法。因私人之資產。徵收租稅者。法律之執行也。裁判官本刑法處罰犯罪者。本民法定權利之所在者。法律之適用也。法律之執行。與法律之適用。實質本無所區別。惟其機關與目的各殊耳。孟德斯鳩論立法行政司法三權分立。一時聳動世界之耳目。然近世學說則與之大異。謂國權可一而不可二。立法司法行政。皆爲同一國權之發動。惟因其作用而有區別耳。國權之作用。分爲立法權及廣義行政權二種。制定法律之權。爲立法權。行用法律之權。爲行政權。行政權又分爲二。行政官廳所行者。曰狹義之行政權。司法官廳所行者。曰司法權。故行政官及裁判官。皆任法律行用之職務。其間有差

異者。裁判官對於一事實。確認法規之效力。爲最終之目的。行政官執行行政處分。就一手續之事實。確認法規之效力。故曰裁判官爲適用法律。行政官爲執行法律也。

## 第二節 法律之執行

### 第一款 執行之機關

法律之執行權。與法律之制定權。皆爲國家統治權之一部。古代國家。立法權與行政權。其機關無異。以同一之機關。制定之而執行之。蓋原始時代。其機能簡易單純。尙未區分部門。無須特殊機關。迨人文漸進。社會日趨發達。國家機能。亦益複雜。遂區分各部爲獨立機關。近世國家。法律之執行。常委任於一定之機關。是爲行政官廳。與議會機關之行立法者。殆相若也。成文法律之執行。必經公布。故國家元首。裁可成文法律之後。以行政首長之資格。命行政官公布執行。行政官廳因之而得有執行法律之權利義務也。

第二款 執行之原則

法律執行之重要原則如左。

一、行政官廳不得拒法律之執行。法律經公布而命執行者。行政官廳必執行之。若無相當之理由。而怠於執行者。據官吏懲戒法及他規則。加以相當之裁制。

二、行政官廳執行法律。不問請求之有無。行政官廳執行法律。必從人民之意向。有請求者。固當執行。無請求者。亦宜執行之也。苟爲執行之法律。不必問人民之意向如何。皆執行之。此與司法裁判相異之要點也。

三、行政官廳執行法律。得發命令。法律者。定法規之大綱也。故欲執行法律。必定其細則。是以行政官廳得發命令。定執行細則。是曰執行命令權。此命令權之範圍。各國制度不一。日本憲法第九條。天皇有自執行法律。發必需命令。或委任機關。使發命令之權。故國務大臣以下之

行政官廳。因受委任，得發執行命令。例如各省大臣。以省令定法律施行細則是也。

四、行政官廳。於法律之範圍內。得爲執行上便宜之處分。行政官廳。非如裁判官。束縛於法規之中。其於法律之範圍內。爲公益事宜。得爲便宜處分。不僅執行法律。以命令制定執行細則也。例如警察官執行法令。爲便宜之警察處分是也。

### 第三節 法律之適用

#### 第一款 適用之機關

法律之適用權。亦與法律之執行權。法律制定權。同爲國家統治權之一部。古代國家。法律之制定。執行。適用。皆爲同一機關。國家之元首。自制定法律。自執行之。自適用之。所謂專制政治是也。迨社會進化。人事複雜。法律制定之機關。與法律執行之機關。二者遂各區分。而法律之適用。亦遂別爲機關云。

法律之適用權。一曰司法權。以國家元首之名。依法律而令裁判所行之爲近世立憲國之原則。(憲法五七)然當其依據法律。以獨立之意思。自由解釋執行法律。內則不受上級司法官廳之掣肘。外則不容立法權行政權之干涉。蓋國家爲國權之淵源。其作用因機關而發表於外部。立法權使議會機關行之。行政權使政府行之。司法權使裁判所行之。此司法權所以以國家元首之名行之者也。裁判所有司正道公平之職務。故與以特別之地位。不待元首之命令。政府之干涉。以獨立不羈之意思。爲公明正大之裁判。此近世立憲國之通則也。

### 第二款 適用之原則

法律適用之重要原則如左。

一、裁判官不得裁判未受請求之事件。裁判官有適用法律之任。必待明白請求。始爲裁判。若就已所探知事件。遽爲裁判。則有害公益。故近世立憲諸國。裁判之請求。以民事論。必以一私人爲原告者請求之。以

刑事論。必以國家代表之檢察官請求之。民事裁判。採形式證據主義。裁判官據訴訟當事者之稟報裁判。若就未要求之事件。或超過要求。或就要求之一部下判決者。其裁判得因上訴而破壞之也。

二、裁判官不得在法廷外裁判。古時訴訟與裁判手續之方法。皆未完備。故裁判官或於自宅裁判。或於便宜地方聽訟。近世立憲國則不然。必設法廷裁判。一以使裁判官無不正偏倚之行。一以使訴訟當事者。無不滿冤屈之怨。若法廷以外之裁判。其裁判爲無效也。

三、裁判官不得以法律之不正不良爲口實。拒法律之適用。法律有時或爲惡法。或悖正義。或背公道。然裁判官有適用法律之任。苟爲法律皆必適用。若裁判官審查法律之邪正得失。許其補正。是使裁判官立於立法者之地位。其危險孰有過於是乎。况所謂正義公道者。因人之所見而異乎。是故雖爲侵害人民權利之法律。裁判官亦不能以其毀損權利有害社會爲口實。拒而不適用之也。但裁判官以法律違反憲

法爲理由。得拒而不適用與否。大爲學者之所辯論。而其歸結。在論裁判官有審查法律違憲與否之權。其學說有三。(一)裁判官僅有審查法律公布式合法與否之權。若依適法公布式公布之法律。其形式與實質雖有背憲法。裁判官不得不用之也。(二)裁判官有審查法律形式實質違憲與否之權。若法律形式違反憲法。固不待論。縱令形式適法。而其規定事項。違反憲法時。得謂之違憲。拒而不適用也。(三)裁判官有審查形式違憲之權。無審查實質違憲之權。故法律之形式。違反憲法時。得拒而不用。若具適法之形式。不問其實質如何。必適用之也。此三說中。近世之法制。及學者之多數。皆採第三說。日本憲法。採此說者爲多。蓋審查法律規定事項(即實質)合憲與否。屬於立法權。日本憲法立法權。屬於天皇。故法律之實質審查權。亦操諸天皇。裁判官無爭法律實質違反憲法與否之權也。至若法律之形式違反憲法時。不能名之曰法律。故裁判官得拒而不用。例如未經議會協贊。或未經天皇裁可之

法律是也。

雖然。元首自發之命令。或使行政官廳所發之命令。違反法律時。裁判官得適用與否。學說殆趨一致。故執行命令形式之不適法者。固不必論。若其實質違反法律時。裁判官得拒其適用也。

四、裁判官不得以法律之不明不備及有缺畧爲口實。而拒裁判。國家所以設置裁判官者。爲使判決訴訟也。故當訴訟之發生。法律容或有不明不備缺畧之事。若裁判官據此理由。拒絕裁判。既失所以設立裁判官之初意。且轉使人民以私鬪判曲直。以腕力保權利。社會秩序。錯亂糾紛。不可收拾。豈策之得者乎。此所以不得藉口法律之不明備缺畧而拒裁判之原則之所由生也。若裁判官悖此原則。必加以相當裁制。蓋所以整飭官常。無使曠職也。雖然。法律若果有不明不備缺畧之時。裁判官將如何處置之乎。釋之者如下。(一)法律之規定不明時。裁判官從解釋之原則。定其意義而適用之。當其解釋法律也。從立法的解

釋之外。得以自由意思解釋。不受行政的解釋及行政命令之羈束也。  
(二)法律不備缺略之時。刑事與刑事以外者。各有差異。(甲)關於刑事。法律有不備缺略之時。宣告無罪。爲近世諸國法制之通則。蓋在古時。裁判官不俟法律之明文。以一己之私見。指爲罪戾。加以刑罰。弊害叢生。流於專橫。法國革命以後。犯罪之成立。必有法律之明文。無明文者。無論如何行爲。不得處罰。且不得擴張敷衍法文。鍛鍊其罪也。(日本刑法  
法四、意國刑法一、德國  
刑法二、比國刑法二、)蓋如何而爲犯罪。一任裁判官之專斷。則在甲  
爲有罪者。在乙可獲倖免。在此可寬恕者。在彼轉罹刑辟。人民之危險。  
將有不堪言者。(乙)關於民事。法律有不備缺畧之時。先行法律之補充。  
索適用之法律。尙無所據。則從近世之通說。採其習慣。無習慣者。準諸  
條理。或從自然法。(填民法)或從衡平法。(比民法)然其精神則一也。但刑  
事訴訟以外。有限制性質之法律。與刑事相同。不許法律之補充。原限  
制法。因特別事宜。或縮小權利之行使。或限定普通之原則。及法律之

適用。故出於限制之外。則背立法者之意矣。若本限制法之請求。而所據之規定不明時。得排斥原告請求之不當也。曩者裁判官遇法律不明不備缺畧之時。有請立法官指揮之制。日本近年。亦行此法。然裁判遲滯。事機阻塞。入獄者久困囹圄。權利者迄無定論。且以立法官爲司法官。失裁判官之獨立。既害社會。又紊官常。是以近世諸國法制。裁判官一面不得拒絕裁判。一面不必待立法者之指令也。

五、裁判官就所受請求事件。不可以設定普通法規之方法爲裁判。此種原則。爲裁判官職權之性質上。當然所生之結果。若裁判官不僅爲訴訟之判決。且與判決以普通制規之形式。設將來人民權利義務及裁判之準則。是明侵立法者之地位矣。司法權固宜獨立。不濫許立法權之干涉。然亦不能以司法權而侵越立法權。是則此原則之所以生也。以故裁判官裁判事件。雖命國民全體遵守。其命令毫無效力。惟於司法行政之範圍內。裁判所爲一行政廳。設普通裁判。及各裁判所適

用訴訟辦理之例規。在所不禁。往時法國各州法院。往往下判決爲例規之決議。於其管轄區域內。至爲新法之公布。有法律之效力。遂使司法權侵立法權。且使判決例有不能整齊劃一之弊。故革命之時。司法權立法權。區別判然。其民法第五條。規定本則。有由然也。此原則之判例。與以法律之效力。法制全不適用。例如英米判例。即爲法律學者多認裁判官因立法權之委任。有立法之權。名其立法曰司法的立法。*Judicial Legislation* 名其法律曰審定法。*Judgemade law*

六、凡下判決之裁判所及其事件。皆爲確定。此種原則。出於法律適用之便宜。若於同一裁判所。就同一事件。屢請求裁判。則訴訟終無竟期。而奸黠之徒。得免刑戮。權利者之地位。不能確定。且前後裁判。多相矛盾。大傷裁判之威信。故由公益上爲適法手續之判決。推測其得事理之真。法理之正者。不得於同一裁判所破壞之。若欲反覆。必依上訴方式。或爲控訴。或爲上告。其經上告審之裁判。又經過上訴期間之裁判。

斷然確定。不可移易者。曰確定判決。確定判決之效力。在訴訟當事者之間。曰既判力。在裁判所。曰一事不再理之規則。然此原則。有二例外。(一)闕席判決。不問刑事民事。得因故障方法。於同一裁判所。提出同一事件。(民訴二三五六)蓋推測判決之時。原被兩造。未相對辯論。裁判官未深得訴訟事件之要領也。(二)確定判決。以再審之方法。得爲覆審。(民訴四六三以下刑訴七一〇以下)但許再審者。必限判決之誤謬明瞭者也。

## 第二章 法律之解釋

### 第一節 解釋之意義

凡法律不明不悉者。曰法律之疑義。*Ambiguitas* 法律之疑義。顯出於表面者。曰表現疑義。*Ambiguitas Patens* 例如法律文章。用語、意義之曖昧。文法之不正確。法文前後之相矛盾。爲疑義存於法律之表面者是也。法律之疑義。隱匿於裏面者。曰隱匿疑義。*Ambiguitas Latens* 例如文章。用語明瞭。法文正確。而該當之事物不明。爲疑義隱匿於法律之裏面者是也。其

所以生此疑義者。無他。凡爲法律。不問慣習法與成文法。皆因言語文章而表彰。言語文章。爲傳達人心思想之符號。人心思想。託諸符號。必不能與所表示者。無尺寸毫末之歧異。而況言語之意義。與該當之事物。皆與時爲變遷。雖有精法理積經驗之士。當制定法律之任。有富理想重權利之民。爲產出法律之源。亦不能無疑義。是亦勢之所不能已。而法律解釋之所以必需也。法律之解釋者。明確法律之疑義。發表其真意。彼學者之研究法學。有司之施行法令。不利用法律之解釋。不特不能發見法律之真相。且實地之運用。亦不能圓活敏捷也。古來制法家。確信其所制定之法律。爲完全無缺。禁止解釋註疏。如羅馬之茹斯底年帝。普國之腓勒特力大王。其代表者也。然皆未聞奏功。而或誤法律之真意。或侮辱法律。或執行力不鞏固。徒有其弊。而無其效。觀羅馬法經歲月之久。迄於今日。其解釋尙不能統一。可概見矣。法國之拿破侖帝。制定法國法典之後。見學者之解釋註疏。續續輩出。喟然嘆曰。嗚呼。朕之法典既廢矣。爲歷史上著

名之一談柄。雖以英邁絕倫之制法家。亦不能斷絕法律之疑義。是以歐洲諸國。攻究法律解釋之方法。最爲重要。至於近世。集法律解釋上之原理。爲一科之學術。名曰法律解釋學。Hermeneuticis juris 而此類之著述。亦最豐富云。

法律之解釋。在明確法律之疑義。闡明其意思而已。而學者往往謂法律之解釋。有廣義之解釋。有狹義之解釋。解爲廣義者。以法律之解釋。爲發揚法律真意一切之方法。法律之鑑識。亦包含其中。解爲狹義者。以法律之解釋。僅就法文文辭不明不悉之點。解釋之也。夫法律之鑑識。謂糾正法律適用之過誤。愆脫。非明確疑點之謂。又所謂文辭者。爲傳達思想之符號。其解釋成文法也。非徒探求文辭之意義也。在因其意義而探求法律之真意也。以故不文法亦有疑義。亦有明確解釋之方法也。美國利別 Tierber 有言。解釋者。謂闡明發見傳達思想符號之真意。非謂言語文章之真意也。所謂符號之真意者。又非謂法律之解釋。僅明確符號之真意

而已也。謂就其符號而闡明法律之真意也。

世間往往以法律之解釋。與法律之補充。法律之適用。相混同者。例如不許刑法之解釋。與法律之補充相混同是也。因某事件有適用如何法條之疑。與法律之適用相混同是也。不知法律之補充。屬於法律真意確定後之作用。法律現在之規定有缺者。類推已規定之精神。以同一之理由。推及於未規定者。因類旁通。引伸舉隅。補法律之缺點。非明確法律之真意。此其與法律解釋之不同也。又某事件適用某法律與否。非法律之真意有疑義。僅為適用之疑義。故亦不得謂為法律之解釋也。

## 第二節 解釋之類別

### 第一欸 公式解釋

公式解釋。Public interpretation 一曰法律解釋。Interpretatio legalis 又曰有權解釋。Interpretatio authentica 總稱以法律所定之解釋。及有法律行用職權者。其行用時所下之解釋。通常區分此種解釋。為立法解釋。司法解釋。

行政解釋、三種。

一、立法解釋

立法解釋 Legislative interpretation 者。謂以法律所定之解釋。從來所行之方法。屬於此種解釋者如左。

(一)法文中插入解釋文之方法 此種方法。謂法律中之文章字句。恐生疑義者。以解釋其意義之條文。加於法律中。例如日本民法中有云「本法所謂物者。指有體物而言。」(民八)是也。如此條文。曰解釋條項。Interpretation clause 英國成文法。其法律之開端或篇末。多設附則。附此種條文云。

(二)以附屬法律解釋之方法 此種方法。就法律中之文章字句。以解釋其意義之條文。加於附屬法律中。例如日本民法中之法文。因其附屬法之民法施行法解釋者是也。

(三)因解釋而發生新方法 此種方法。謂就法律中之文章字句。解釋

其意義。發生新法律。例如解釋日本憲法第六千七條。發生會計法補則是也。其以新法解釋他法律者。不限於成文法。雖以不文法解釋成文法與不文法。無不可也。例如法律之法條。生一定意義解釋之習慣。立法者默認之時。即以不文法爲解釋者。是曰慣習的解釋。 *Interpretation usualis*。此外尚有印度之刑法及契約法之例。以法律中適例插入之方法。爲立法解釋方法之一種。然適例者僅爲解釋之材料。不能直謂之爲法律之解釋也。學者動以立法解釋。爲法律制定權力者所行之解釋。或如日本市町村制發布之時。別附理由書之方法。或如日本普通所行之例。下級官廳關於立法解釋。承上級官廳之指令。皆屬立法解釋之方法也。雖然。此僅指當局者法律解釋之意見而言。實則制定法律權力者。非依有效之形式。不能確定制定法律之解釋。而使之生羈束力也。故謂此種解釋爲立法解釋。非確論也。

司法解釋 *Judicial interpretation* 者。謂裁判官判決之際。適用法律所爲之解釋也。此種解釋。非如立法解釋之別有解釋方法。學者輒解司法解釋爲狹義。謂指通常司法裁判所之裁判官所下之解釋而言。然適用法律之判決。通常司法裁判官與他裁判官。其解釋之效力。無差異之理。故寧解爲廣義。謂司法解釋中。包括判決之際。裁判官適用法律所下之解釋。轉爲適當也。日本制度。有適用法律爲裁判之職權者。通常裁判官之外。爲行政裁判所評定官、領事、陸海軍軍法會議之理事、主理、小笠原島之島吏、臺灣法院之判官是也。此等官吏。有裁判官之資格。其判決之事件。生羈束力。與通常裁判官之判決無異也。

### 三、行政解釋

行政解釋 *Executive interpretation* 者。行政官爲行政處分。又爲行政裁判。行用法律所下之解釋也。此種解釋。與司法解釋相同。別無解釋方法也。

第二款 私見解釋

私見解釋。Private interpretation 一曰學理解釋。Interpretatio doctoralis 又曰無權解釋。Interpretatio unauthentica 謂據一人之見解所下之解釋也。此種解釋。區分爲文理解釋、論理解釋、二種。若見於法律或判決處分等者。得爲公式解釋。

一、文理解釋

文理解釋 Grammatical interpretation 者。謂本法律之文意及字義。闡明法律真意之方法也。法文不明之際。最爲切要。而其解釋之材料。文辭之本義。章句之構造。必在法律以內也。

二、論理解釋

論理解釋 Logical interpretation 者。謂參酌法律發生之理由、原因、沿革。及凡關於法律之事情。闡明法律真意之方法也。夫法律之解釋。依據法律所用之文辭章句。固爲當然之事。然有時法律所用之文辭章句。

全不明晰。又或前後條規。自相矛盾。僅依據文辭章句。不能達法律之目的。且不能實際行用者。是以論理解釋。不徒依據文辭章句而已。必參酌法律因如何之理由原因而發生。又因進取如何利益。矯正如何弊害。而發生。互證商求。推知真意。此論理解釋之特長也。其所據解釋之材料如左。

(一)法律之淵源 法律制定之準備書類、草案、及說明書、議會之議事錄、法律材料之慣習、慣習法、母法、等類是也。

(二)法律之沿革 法律制定時之事情、與舊法之關係、法律制定之目的、等類是也。

(三)法律之比較 法律各部之比較、又與他法律之比較、是也。

(四)法律之理論 法律若推測其從學理制定。無右所列之材料者。以學理爲解釋之材料。

(五)法律之結果 法律各有目的所在。適合目的之方法。推究法律之

結果。爲解釋之材料。

### 第三節 解釋之標準

#### 第一款 解釋共通之標準

法律解釋之標準。爲共通之原則者如左。

一、法律無疑義者。無庸解釋。法律之解釋。在明確法律之疑義。闡明其真意。故法律之意義精確明白者。無庸法律之解釋也。

二、凡法律之解釋。先之以文理解釋。若據文理解釋方法。法律真意既明者。無須爲論理解釋。法律所用之文章字句。爲傳達人思想之符號。故法律之真意。在就此符號而探究之。若文章字句之意義明白。雖懷疑義。而又不能證明反對者。則以文章字句之意義。爲法律之真意。不得離文章字句而解釋法律也。

三、文理解釋之結果。與論理解釋之結果。相牴觸時。即從論理解釋之結果。法律雖有不明不當之點。裁判官尙可適用而爲判決。然法律中所

用之文章字句，或全不明晰，或前後矛盾，僅據文理解釋，其法律有不能適用者。故必以論理解釋，察其精神所在，於文章字句以外，探法律之真意也。反對者曰：法律之文章字句，爲立法者意思之符號，不得於符號以外求意思。若舍文理解釋而從論理解釋，是非法律之解釋。實枉法文而變立法者之意思也。又曰：人民之知法律者，知其文章字句也。若舍文章字句之解釋而他求，將使人民無所適從。反對者之說，誠有所見而然。然適用法律，從文理解釋，則將有此法律非破彼法律不能適用之虞。故如反對者之言，徒拘泥於立法者意思之符號，而忘立法者之精神也。

## 第二款 文理解釋之標準

文理解釋標準之重要原則如左。

一、法律文辭之解釋，必關聯法律之全體。法律之文辭，皆前後相關聯。若孤立解釋，不免矛盾。例如日本刑法第二百八條，僞造他人之私印，

他人中含親族與否之疑義。必通覽刑法全體而定之也。又如憲法中之法律。含命令與否。必通覽憲法全體而定之也。

二、法律文辭之解釋。必從平易通常之意義。若以特別之意義解釋者。必有特別之理由。所謂平易通常之意義者。指普通文辭之意義。非若專門家技術家所指之意義。及一地方慣例之意義也。蓋法律為國民全體制定。故必用普通意義之文辭。若立法之意思。用特別之意義。時則從特別之意義。如關於商工、技藝、學術等類之法律。則此例屢見不一見也。

三、法律文辭之解釋。從法定之意義。例如法律中有商人時。可解為商法所指之商人。法律中有養子時。通俗解為男子。然日本民法親族編所謂養子者。統男女而言。故必從法定之意義解釋也。

四、法律文辭之解釋。從法律成立時之用例。言語文字。因時而異其意義。若不從法律成立時之用例解釋。必背法律之真意。例如無氣船時

代所謂艦船之文辭。非含漁艦而言。無馬車之時代。所謂車輻之文辭。非含馬車而言也。

### 第三款 論理解釋之標準

論理解釋標準之重要原則如左。

一、法律之文辭。有特別理由外。從廣義之解釋。法律中之用語。當從廣義。不可妄加限制。然用語之意義。若失諸寬泛。超越立法者之意思。則又必加限縮。適合立法者之初衷。例如法文中。日本臣民有兵役之義務。臣民之文辭。通常含男女兩性。然從論理解釋之結果。法律之目的。上文所謂臣民者。專指男性而言。此種解釋方法。曰限縮解釋。

二、解釋法律之規定。爲包含理由同一之事項。法律之文章字句。失之狹隘者。不能包括立法者所欲言之全部。必從論理解釋。擴張其意義。使適合法律之真意。蓋解釋法律之文章字句。其中未包含事項。苟有同一之理由。爲法律之精神所包括者。則以其事項。入法律規定之中。

此種解釋方法。曰擴張解釋。

三、解釋法律之規定。其互相牴觸者。必補正其一。因立法者之不練達。往往編制失真之注文。則必爲之補正變更。以適合法律之真意。此種方法。多背立法者之真意。頗有危險之虞。然法律之規定。二者互相牴觸時。則其一必全由立法者之不周瞻而起。非補正變更規則之意義。避前後之牴觸。使二者皆有效力不可。此種解釋方法。曰補正解釋。

四、法律用語之範圍不定者。從寬大之解釋。例如法律之所謂人。解爲包括男女老幼而言。又如單數之文字。解釋爲含複數。複數之文字。解釋爲含單數。此種解釋方法。曰寬大解釋。

五、變則從嚴正解釋。變則者。謂有特別之理由。不能適用通則。所設之變例也。立法者之欲從通則。爲法律之格言。故變則之範圍擴張時。則失設立通則之理由。是以此種變則。不能不嚴爲解釋。例如免除租稅之法令。及與特權之法令。皆宜嚴密解釋者也。此種解釋方法。曰嚴正

解釋。爲羅馬法以來所承認者也。

六、科懲罰、負義務之法律。亦從嚴正之解釋。法律之科以懲罰。使負義務。原出於不得已之所爲。故立法者必狹小其範圍。而法律之用語。亦必嚴正使用。故如刑法、官吏懲戒法、租稅法、懲兵令、皆必嚴正解釋也。學者或謂刑法不許比附援引之規則。與此原則相同。如日本刑法第二條云。法律無正條者。無論何等行爲。不得處罰。據此以引伸發揚此原則。然刑法之原則。爲法律適用之原則。非解釋之原則。茲所謂原則。爲定法律意義之原則。其意義既定之後。不許比附援引之原則。自見其適用也。

#### 第四節 解釋之效力

法律解釋之效力。因解釋之爲公式爲私見而異。公式解釋者。闡明法律之真意。生公效力。私見解釋。絕不生公效力。此所以一爲有權解釋。一爲無權解釋也。公式解釋之效力。亦有強弱。其效力區分爲二。一曰絕對有

權解釋。一曰相對有權解釋。絕對有權解釋者。謂對於普通人民或就普通事宜。有效力之解釋也。相對有權解釋者。謂對於某種機關。或對於某種人民。有效力之解釋也。今分論之如左。

### 一、絕對有權解釋

立法者自作法律。故有自定其意義之權力。雖然。謂立法者有法律解釋權。決不能謂議會。有解釋權。若法蘭西等國。以議會爲立法者。雖有解釋權。日本以天皇爲立法者。故解釋權在天皇。天皇所下法律之解釋。不問其形式爲法律爲勅令。皆爲立法解釋也。立法解釋。本於國法上之解釋權。故與法律有同一之効力。而爲絕對有權解釋也。德國查畢尼氏。謂立法解釋。即爲法律自身。不得名之曰解釋。其持論誠然。然旣說明法律之意義者。雖謂之曰解釋可也。立法解釋。有法律効力之結果者如下。(一)此種解釋。羈束一私人與裁判所。(二)無論如何事宜。皆有效力。(三)與原法律同一體。自原法律公布之時生效力。蓋解釋法無

溯既往之說。不能以新法適用公布以前之事項。從立法者之初意解釋可也。

## 二、相對有權解釋

行政官有法律解釋之權力。故行政解釋。爲有權解釋。然此種解釋。不得羈束裁判所。即對於一私人。亦無如何效力。惟屬其監督權內下級官廳。得羈束之而已。此所以爲相對有權解釋也。裁判官亦有法律解釋之權力。故司法解釋。亦爲有權解釋。惟裁判所獨立行裁判權。(一)裁判所不求立法者之解釋。得自爲解釋。(二)裁判所不受行政解釋之羈束。得獨立爲法律之解釋。但裁判所獨立之解釋。非不受立法解釋羈束之意也。(三)裁判所不受他裁判所解釋之羈束。各裁判所得獨立自爲解釋。然各裁判所之解釋不同。則法律不能劃一。是以近世諸國。皆設上告裁判所。以期解釋之一律。日本國法。大審院對於第二審裁判。皆認爲不當時。得破毀之。或自裁判之。或返還原第二審裁判所。或移送

於同等裁判所(七、四、四、八、四)其受返還受移送之裁判所以破毀第二審之判決爲基本。受上告裁判所法律判斷之羈束。且大審院當爲裁判之際。關於法律發表之意見。就其訴訟事件。羈束下級裁判所。以防禦解釋之衝突也。(民訴法四四五) (裁構法四八)

司法解釋對於普通人民及裁判所。或普通事宜。不生羈束力。惟就其事件。於訴訟當事者之間。生既判力。故其解釋。亦爲相對解釋。雖同一裁判所。亦得覆其解釋。然如英國法制。與判例以法律之效力。殊爲例外。蓋法制如此。則司法解釋。有法律之效力。最高等裁判所所下之解釋。羈束普通人民及裁判所。且於普通事宜有效力。與立法解釋絕無歧異也。

### 三、無權解釋

無權解釋。僅爲學說之一種。解釋者絕無法律解釋之權力。故其解釋無公效力。惟出於著名學者之研究。得學理之正鵠者。或爲裁判之參

### 第三章 法律之鑑識

#### 第一節 鑑識之意義

法律之解釋解爲廣義時。法律之鑑識亦爲解釋之一種。然法律之鑑識。在識別法律記錄之真僞誤謬。自當與法律之解釋分別而論。蓋法律記錄。由於謄寫印刷之誤謬。或生過誤。或生脫漏。或生愆文。故當實際適用法律之時。必確定真僞。補正誤謬。法律之鑑識。即謂是也。學者或謂法律鑑識之文辭。用之廣義。爲評定法律是非真僞之意。且謂識別法律真僞之外。尙有二義。一曰識別法律之利害得失。邪正善惡。二曰識別法律之全部或一部之有無效力。然第一義。關於法律之性質目的。屬於立法論及政治論。第二義。因爲法學所論之事項。然屬於憲法之理論。不包括於通常所謂法律鑑識之中。德國齊波謂法律之鑑識。非正當之事。夫辨別法律文章字句之錯誤。固往往有附會穿鑿之虞。然欲發揚法律之真意。

亦有不可缺者。德之查畢尼、威德夏德、法之葉修霸，皆論述其必要。就中研究古代法者，最爲必須之學。近世法律，尙可置爲後圖。然亦不能全棄而不顧也。例如西發里 *Westfallen* 國，千八百十三年一月十八日勅令第三條原文云：純收入十分之一。他法令全書，爲總收入十分之一。法國民事訴訟法官報正文第八百七十八條，不豫受召喚之後，加以句讀，全失法文之真意。日本舊民法債權擔保編第四十條云：據前條，實則爲前數條之誤。又擔保編第二百二十四條末項，二百三十條爲二百三十一條之誤是也。

## 第二節 鑑識之類別

法律之鑑識分爲初等鑑識、高等鑑識二種。

### 一、初等鑑識 *Secondary critic of law*

初等鑑識。一曰蒐集鑑識。就法律之記錄，鑑定外形之性質。蒐集真實之記錄，據其時代價值之順序，爲排列之手續。作高等鑑識材料準備。

之方法也。此種鑑識。爲治古代法律者必須之學。與通常之鑑定古文書者無異。惟必區別法律之條文。與非條文(如註解)之部分耳。

### 1. 高等鑑識 High critic of law

高等鑑識。一曰選擇鑑識。據初等鑑識蒐集之材料。確定法文真僞之方法也。高等鑑識之職分有二。(一)據初等鑑識蒐集之材料。比較對照以何種記錄。定爲正文。而記錄之時代。與記錄之多寡。皆宜察究。蓋年湮代遠。不無僞傳。典籍淆雜。不無浮夸。是以古代之記載。不必盡爲信書。多數之典章。亦難據爲實錄。故必參酌事情。應用學理。而始定爲正文者也。(二)其定爲正文者。視其與法律之原文相等與否。視其與立法者之真意相符與否。若發見誤謬之點。則本諸學理。證諸事情。而改竄之。又必參攷他種法規。比較對照。而推究之。法文之散逸磨滅者亦然。故又名之曰推測鑑識也。要而論之。高等鑑識第一之職分。以選擇法文爲目的。第二之職分。以補修法文爲目的也。

### 第三節 鑑識之標準

法律鑑識之類別。既論之矣。而其用之之法。依據近世法律與古代法律。其標準之不同如左。

一、近世法律。除誤謬極明瞭之外。無須鑑識。近世諸國之法制。概設一定之法律公布式。故據公布式公布之記錄。皆為法律之正本。無不真正之理。其必須鑑識者。不多見也。雖然。即信正當公布式公布之正本。不無繕寫刊刻之誤。且即令正本與原本一致。而原本之編纂者。筆記者。亦不能免脫誤之舉。是以此等誤謬。雖甚明瞭。亦必須鑑識也。學者或謂鑑識法律之正本原本。為變更法律。於理不可。不知文辭者。僅為意思之符號。立法者之意思。因符號而表明。若符號與意思。顯然不孚。則以真意思改偽符號。奚不可者。

二、古代法律。必須普通法律之鑑識。古代法。為往時發布之法律。其有正本者少。且謄寫印刷之間。動生誤謬。故為適用及研究之目的。引用

古代法時。法律之鑑識。最爲切要。且大有效用。是以治此者。必先施初等鑑識。蒐集別諸法律之記錄。次從高等鑑識。爲法文之選擇。改修。以發揚法文。如從事羅馬法之研究。最爲顯著者也。

#### 第四章 法律之補充

##### 第一節 補充之意義

謂法律之補充。包括於法律解釋之中者。此廣義法律解釋者之說也。然以便宜言。自當分別而論。夫社會之現象。千態萬狀。不可殫述。法律不過設普通事宜之規定。往往有法律關係存在。而適用之法律規則。轉形闕如者。故欲網羅一切關係。殆亦勢所不能。此所以法律補充之必要也。法律之補充。由法律既規定之事宜。推究其精神。發見未規定事宜適用之規則也。蓋法律之解釋。以求既定法規之意義爲目的。不別求規則也。法律之補充則不然。其目的不在求法律之意義。而在推究新法律。故法律之解釋。在解釋法律之疑義。法律之補充。在補充法律之缺點。法律之補

充。屬於法律真意確定後之作用。類推已規定事宜之精神。以同一之理由。推及於未規定者。補其缺點。此補充之意義也。

補充之意義。既論之矣。然法律補充爲立法與否。亦爲疑問。蓋由既規定事宜。類推未規定事宜。乍觀似屬法律行用者之職分以外。不知法律之補充。在法律行用與法律制定(即立法)之間。本既成之法律。評量其法規求其結果。自屬於法律行用者之權限內也。

## 第二節 補充之方法

補充方法。皆從論理作用。通常所用之方法有四。分論如左。

### 一、推理論法 *Argument of inference*

推理論法者。謂法律未規定之事宜。由既規定事宜之結果。推度未規定之規則。適用於未規定事宜之論法也。即以既規定事宜之規則爲大前提。而求小前提。此種論法。於法律之補充。最爲普通適用者。

### 二、類推論法 *Argument of analogy*

類推論法者。謂法律既規定之事宜。與未規定之事宜。同一理由。則未規定之事宜。適用既規定事宜規則之論法也。即以規定事宜爲小前提。而求大前提。更因之而求他小前提。此種論法。法律之補充屢用之。但其規定之規則。必爲通則。若爲例外規定。決不用此論法。蓋例外規定。若用類推論法。則背立法者之意。是以負擔義務之法律。刑罰法。限制法。不用類推論法也。類推論法。與擴張解釋相似。然彼則解釋立法者之意思。此則補充立法之缺點。其性質各異也。

### 111 反理論法 *Argument a contric sensu*

反理論法者。謂法律既規定之事宜。與未規定之事宜。相反對者。則未規定事宜。適用既規定事宜反對規則之論法也。此種論法之作用。其法語有二。一曰此所規定者。彼亦規定。一曰此所包括者。彼所排斥也。反理論法。爲補充法律者所常用。然稍不注意。則失立法者之意。例如刑餘者不得爲官吏。據反理論法。非刑餘者得爲官吏。又如日本憲法

第六十五條云。豫算先提出於衆議院。據反理論法。則豫算不得先提出於貴族院。此誠然矣。然日本憲法第二十七條云。日本臣民之所有權。不被侵奪。若據反理論法。解爲外國臣民之所有權。得被侵奪。又或解爲日本臣民所有權以外之權利。得被侵奪。則與立法者之初意。大相背馳。將有不測之患矣。

#### 四、強理論法 *Argument a fortiori*

強理論法者。謂以法律既規定事宜之理由。其未規定者。更爲強大之故。則未規定之事宜。適用規定事宜規則之論法也。此種論法有二。述之如左。

(一)由大及小之論法 *Argument a majori ad minus* 凡重大事件。法律所容許者。則微末事件。亦當然容許。例如許牛馬通行之處。其許人之通行。自不待論也。

(二)由小及大之論法 *Argument a minori ad majus* 凡微末事件。法律所禁

止者。則重大事件。亦當然禁止。例如河湖禁釣之時。其不許投網。亦不待贅言矣。

## 第五編 法律之裁判

裁判者。非法律之必須條件也。無裁判而法律仍存。惟國家之施行法律。期其有效。故附以裁判。使之強行。此所以有法律之裁判也。然法律不能謂其皆有裁判。惟法律之有裁判者。可皆名之曰法律。治法學者。必究法律裁判之如何。是則本編之所論述者也。

### 第一章 裁判之性質

#### 第一節 裁判之觀念

裁判者。以廣義言之。謂據一定之勢力。維持一定之規則。加犯法者以惡報也。故不得謂爲法律之專有物。然凡名之曰法者。無不有裁判。自然之法。有自然之裁判。例如反乎自然之法。仲夏播種。則苗輒枯槁。嚴寒解衣。則感冒忽至。如影隨形。錙銖不爽。推之道德法。宗教法。抑何獨不然。操行不良。招世輕侮。反諸我躬。良心自訟。道德上之裁判也。違宗教之經旨。乏

信仰之誠實。或受冥罰。或畏帝天。宗教上之裁制也。法律之裁制。其實質亦與此同。所異者。國家據其權力。加之於違反法律者耳。故曰法律之裁制。爲國家強行法律。據法律而加犯法者以惡報也。今分析釋之如左。

一、裁制者。惡報也。趨樂避苦。人之常情。若欲使人爲某行爲。又或禁人爲某行爲。則必與爲之者以愉快。與犯禁者以痛苦。國家之強行法律也。亦本此人情而利用之。雖然。彼遵守法律者。國家不能使之快樂。易言之。國家不能本誘導民心之方法。以爲法律強行之手段。何也。彼不欲褒賞者。雖不遵法律。亦無如之何。惟違反法律者。加以痛苦。其取舍不能自由。爲法律強行之手段也。蓋褒賞無裁制之力。惡報有強制之性。是以諸國法律。皆謂惡報爲法律之裁制也。英人邊沁謂善報亦爲裁制。是不特不知裁制之有強制性質。且不知以褒賞誘導民心。國庫終不能勝其負擔也。然在古代國家。賞罰並行。求法律之遵守者。往往有之。

二、裁制者。加背法者以惡報也。被裁制者。必以背法爲條件。非背法者。所受之惡報。不得名之曰裁制。裁制之加於背法者。其痛苦之程度。必較遵守法律所生之痛苦大。否則裁制無效力也。

三、裁制者。爲強行法律所加之惡報也。關於裁制之目的。學說未趨一致。然近世普通之法理。所謂裁制者。非以苦痛爲目的。以法律之強行爲目的。其加以苦痛者。不過爲達此目的之手段耳。然裁制又非直接強使遵守法律。其加反對者以痛苦。間接期法律之遵守也。

四、裁制者。國家所加之惡報也。裁制者。因國家之強力。加犯法者以惡報也。故違反法律者。經社會之擯斥。受良心之叱責。雖蒙惡報。然非因國家之強力所加。故不得謂之曰裁制。裁制必因國家之強力。故有強制性質。不問違法者之願否。皆必加之。然非全然直接加以國家之公力。又非盡用物質之勢力。要在加犯法者以痛苦之意。或國家直加裁制。或許一私人行之。或因公力強制。或因命令強制。其方法雖殊。而爲

裁制則一。其所以有效力者。實有公力存於其後也。故曰無論裁制適用之方法如何。無不本於國家之強力。

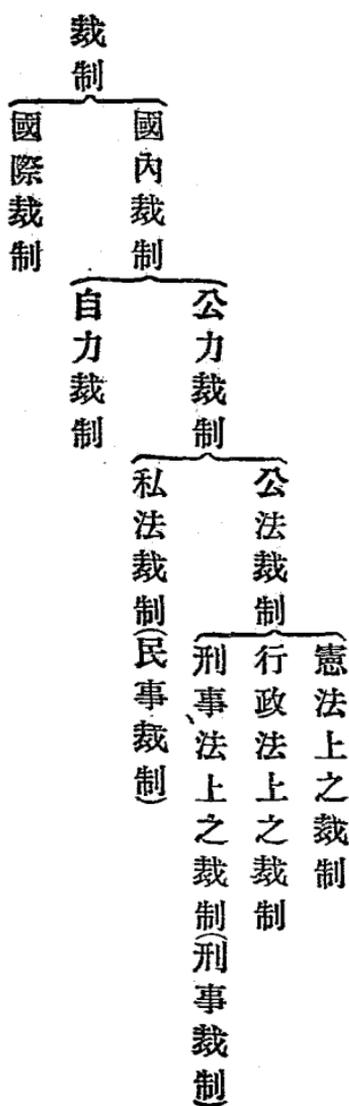
五、裁制者。國家據法律所加之惡報也。古時加犯法者以裁制。不必依據法律。一任主權者之指使。洎乎近世。尊尙權利之觀念發達。加犯法者以裁制。以依據法律爲通則。無該當法律裁制之事實條件。不得妄加裁制。若刑罰之裁制。尤必嚴守此原則。法律無正條者。不許處罰。爲近世文明國之通例也。

要而論之。法律之裁制。其實質爲惡報。其客體爲犯法者。其目的在強行法律。其基礎在國家之強力。據國法之觀察。從法律之適用。是則裁制之觀念也。

## 第二節 裁制之區別

法律之性質不同。強行之手段各殊。故法律之裁制。亦區爲數種。一曰國內裁制。一曰國際裁制。國內裁制者。違反國內法之規定。所加之裁制也。

國際裁判者。違反國際公法之規定。所加之裁判也。國內裁判。又分爲公力裁判。自力裁判。二種。公力裁判者。謂據國家公力所加之裁判也。自力裁判者。國家許以私人所加之裁判也。而公力裁判。更分爲二。加於違反公法規定者之裁判。曰公法裁判。加於違反私法規定者之裁判。曰私法裁判。公法裁判。又因根本法律之區別。分爲憲法上之裁判。行政法上之裁判。刑事法上之裁判。列圖如左。



第二章 公力裁判

## 第一節 公法裁制

### 第一款 憲法上之裁制

憲法上之裁制者。謂加違反憲法者以裁制也。君主不受法律之羈束。故亦不受憲法上之裁制。然對於君主雖無裁制。對於大臣不能無裁制。即對於大臣責任之裁制是也。凡大臣之責任。有政治上之責任。有法律上之責任。政治上之責任者。謂施行失政政策之責任也。法律上之責任者。謂違反憲法所生之責任也。憲法之裁制。即指此而言。蓋大臣有爲大臣之職務。有遵守憲法之義務。若有違反憲法之行爲。例如宜副署命令而不副署者。是生憲法上之責任。至政治上之責任。攷英國慣例。或議會當彈劾之任。或爲不信任投票。議決一大臣或前內閣之不信用。或爲徵稅拒絕。議會否決豫算及稅法案。以拒絕行政必需之經費。英國議會之爲此。因大臣施政失策而然。非因大臣違反憲法而然。故不曰憲法上之裁制。而曰政治上之裁制也。日本憲法第五十五條第一項云。國務各大臣。

任輔弼天皇之責。其規定輔弼之責任者。不僅爲法律上之責任。故大臣有違憲行爲者。其負責任。固不待論。若施政失策。輔弼不善。亦不能不任其責也。

大臣法律上之責任。加以裁制之方法。法制各殊。日本憲法。別無規定。至於今日。一任天皇之意而已。普國憲法。規定加以裁制。然未定實行方法。故亦不得謂之裁制。(六普憲)英國對於違憲者。加以普通刑事裁制。美德諸邦。區別常犯與違反憲法者。特定違憲之裁制。是真可謂之曰憲法上之裁制。今列舉諸國法制。其加裁制者如左。

- 一 譴責(巴丁一八二九年法律九)
- 二 非職(職權停止)(上同)
- 三 免官(索遜憲一四八威敦堡憲二〇三美憲一)(法二三諾威一八八二年法律一四巴丁一)
- 四 分限剝奪(巴威倫一八八四年法律九)(八二〇年法律諾威法律一四美憲一)
- 五 公權剝奪(埃二貴三)

六 罰金(威敦堡憲二〇三)

七 自由罰(普一八六三年)

八 死刑(莫爾之說諾)

其他違反憲法。同時觸刑事法。又侵私權者。加以刑事裁判。民事裁判。(普憲及二四)憲法上之裁判。或兩院一致。(巴威倫憲一四一)或各院獨立。(普憲及七)或僅以下院。(英憲美憲一八七)為原告。所謂提起大臣訴訟。經國務裁判所之審問。而後加以裁判是也。國務裁判所。或以最高等通常裁判所充之。(普憲六一〇)或以上院充之。(英憲美憲一八三)或組織特別裁判所充之。(索遜憲一四六)所謂大臣訴訟之性質。或為仲裁事件。或為懲戒事件。或為刑事事件。學說各殊。要之大臣訴訟。為特別之訴訟事件。故其裁制。亦為特別之裁制也。

## 第二款 行政法上之裁制

行政法上之裁制者。謂違背行政法規及行政處分者。加以裁制也。此種

裁制。有加之行政官者。有加之私人者。分論如左。

一、對於行政官之裁制 此種裁制。謂行政官爲違法之行爲。或爲有玷官箴之行爲。或爲有怠職務之行爲。所加之裁制也。其裁制區分爲二。一曰對於官吏行爲之裁制。一曰對於官吏自身之裁制。對於官吏行爲之裁制。謂命令、處分、之變更、取消、是也。行此裁制者。或爲監督官廳。例如內務大臣。取消府縣知事之違法命令是也。或爲行政裁判所。特別監督機關。例如行政裁判所。取消大臣之不法處分是也。請求裁判所取消變更、違法處分。之方法。曰行政訴訟。對於官吏自身之裁制。曰懲戒處分。各國通常所用懲戒處分之種類如左。

一 訓諭、譴責 爲懲戒處分中之最輕者。謂責既往之過失。以戒將來也。

二 減俸 謂由一定之期間。或未定之期間。減現今俸給之額也。

三 轉職、轉官 謂左遷也。

四 轉所 謂調簡也。

五 免官 謂剝奪官吏地位也。

日本文官懲戒令以譴責、減俸、免官、爲文官之懲戒處分。(三)文懲減俸者、爲一月以上一年以下之俸金、或月俸三分之一以下。(五)文懲受免官處分者、二年間不得就官職、情節重大者、使返還位記。(四)文懲譴責之處分、本屬長官專斷行之、減俸及免官之處分、因官職之勅任奏任判任、而各異其形式。(六)文懲此外有特別法、對於某種職務官吏、公吏、之裁制、例如裁判官懲戒、巡查懲罰、是也。此種裁制、決非刑事裁制刑罰之性質、亦無民事裁制賠償之性質、全爲特別之裁制也。官吏公吏、不僅受行政法上之裁制、或觸犯刑事法、或侵害一私人權利者、則又必加以刑事裁制、民事裁制也。

二、對於一私人之裁制 此種裁制、謂一私人違反行政法規、行政處分所加之裁制也。通常區分爲左數種。

## 一 刑罰

二 行政罰 行政罰中最著者。爲警察罰。加之於警察犯者。警察犯中之最著者。爲違警罪。日本刑法。以違警罪爲刑事犯罪之一種。所加之裁制。亦爲刑罰也。普通刑罰與行政罰之差異。學說各殊。然實際亦難判別。通常學說。謂普通刑罰。爲對於生實害行爲之裁制。行政罰。爲對於有誘導實害行爲之裁制也。

三 強制手段 國家行政。對於特定人強使履行特定積極或消極之行爲。此種方法。曰行政上之強制手段。分爲二種如左。

(甲)對人強制手段 財產關係以外。強制特定人積極消極行爲之方法。曰對人強制手段。此種手段有三。一曰代執行。義務者不履行其義務。則官廳自爲義務者之行爲。或使第三者爲之。後由義務者徵收其費用。二曰執行罰。強制罰。豫告義務者使履行義務。若經過一定之期日。義務者尙不履行。又或履行而不完全。則處以豫告之罰是也。執行

罰與行政罰之不同者。執行罰以強制特定人積極消極之行爲爲目的。行政罰以維持法規爲目的。故執行罰於豫告之後。執行與否。屬行政官之自由也。三曰直接強制。不能用代執行。執行罰之方法。又爲急迫之事情。則直接強制義務者之身體。使其履行義務也。

(乙)對物強制手段。爲強制義務者給付財產之方法。例如要求納稅。禁止財產使用。付之公賣是也。

### 第三款 刑事法上之裁制

#### 第一項 刑罰之觀念

刑事法上之裁制者。謂違反刑法及他刑事法者。加之以裁制也。一曰刑事裁制。刑事裁制者。謂科以刑罰也。刑罰者。國家據刑法及他刑事法。以犯罪爲理由。加之以惡報也。更詳論之如左。

一、刑罰者。惡報也。裁制既爲惡報。刑罰爲裁制之一種。故亦爲惡報。惟刑罰較他之惡報。加犯法者之痛苦。爲更大也。

二、刑罰者。從刑事法所定而科之者也。加犯法者以裁判。必本諸法律。科以刑罰。亦必從刑事法所定。法律無明文者。無論何等行爲。不得處罰。日本刑法第二條。已明示此主義矣。

三、刑罰者。以犯罪爲理由而科之者也。刑罰者。國家目爲犯罪之行爲。而加之以惡報也。此與行政罰、執行罰、懲戒處分、民事裁判、皆不同。實則刑事法、刑法者。由犯罪與刑罰二者之關係。爲抽象的所定者也。

### 第二項 刑罰之類別

古來各國法律。刑罰之種類極多。概括而論。不外就犯罪行爲者之生命、財產、名譽、自由、能力之中。或剝奪之。或限制之。或毀傷身體。或加以苦痛而已。其類別如左。

一、生命刑 剝奪生命之刑罰。即死刑。例如磔、車裂、鋸、斬、絞、切腹、等類是也。

二、身體刑 毀損身體加以痛苦之刑罰。例如笞杖、切手、斷足、是也。

三、財產刑 剝奪資產之刑罰。例如罰金、科料，是也。

四、名譽刑 毀損剝奪名譽之刑罰。又曰加辱刑。例如棄市、暴尸、引迴、之

種附加於死刑之名譽刑是也。今日之名譽刑多包含能力刑。例如褫

奪官位、勳章、貴號等是也。

五、自由刑 剝奪限制身體自由之刑罰。例如遠島、追放、江戶拂、追放之

上皆流及閉門、鎖手等類。又如今日之徒刑、流刑、懲役、禁役、禁錮、拘留、一種、以

是也。

六、能力刑 剝奪限制權利能力、行為能力之刑罰。例如剝奪公權、停止

公權，是也。

罪有大小。刑亦有重輕。古代嚴刑最爲苛酷。鈎黨株連。家族夷戮。近世文

化大進。刑罰亦漸趨寬大。廢去死刑。意大利而身體刑竟全絕跡。惟英國

刑邇來諸國之刑罰自由刑占其大部。財產刑次之。蓋此二者因罪之大

小伸縮。而達刑罰之目的。又最爲適切者也。

## 第二節 私法裁制

私法裁制者。謂違反私法者。加以惡報也。通常曰民事裁制。Civil sanction。民事裁制之種類。諸國法制。各有異同。今舉其重要者如左。

一、強制履行 Performance 強制履行者。謂從裁判所之判決。強使義務者。履行所負之義務也。例如甲者與乙者。爲買賣契約。乙者不交付物件。因甲者之訴。裁判所判決。命乙者交付物件是也。又如乙者不法占有甲者之物件時。因甲者之訴。命乙者返還是也。羅馬法系諸國之法律。強制履行。爲違背對人權民事裁制之本則。凡事實上得履行。且不羈束身體而得履行之義務。權利者得請求其履行義務。不必以償金爲滿足也。英國法。謂強制履行。爲特別履行。Specific performance 有特別事情。不能以償金爲適切賠償方法者。得聽許之也。

二、損害賠償 Compensation 損害賠償者。謂從裁判所之判決。補償損害。使加害者。對於被害者。償還一定之金額也。其必具備之要件如左。

一、賠償必以金額。貨幣爲交換之媒介。價格之標準。故賠償損害。貨幣最爲適切。民事上之權利侵害。以金額算定者爲多。故民事裁判。以賠償爲最便利普通之方法。但當事者有異意時。亦得表示之也。

二、賠償必爲損害之補償。侵害權利所生之損害。必須補償。故交付訴訟費者。非損害賠償也。

三、賠償交付。必從裁判所之判決。當事者之合意交付償金。雖可謂之曰損害賠償。然非經國家裁判之損害賠償也。

償金之性質。分類如左。

一、定額償金。不定額償金。Liquidated and unliquidated damages 定額償金者。契約當事者雙方之合意。豫定不履行或遲延者。償以一定之金額。例如爲家屋建築之契約。若背此契約。償以一定之金額是也。不定額償金者。因裁判所之判決。確定其金額。例如名譽回復。損害賠償之訴。所生之償金是也。定額償金。必爲契約之償金。不定額償金。必爲不法

行爲之償金。契約之事。雖亦有不定額之償金。然不法行爲。則常爲不定額償金也。定額償金。裁判所不得增減其額。不定額償金則否。是則二種償金實際之差異也。

一、實額償金。名義償金。懲罰償金。Substantial, Nominal, and Exemplary damages 實額償金者。補償被害者實際所受損害之償金也。例如毀損他人廬舍。償以相當修繕費是也。通常包含被害者所受之損害。與所失利得之填補。此實額償金之性質也。名義償金者。被害者之權利。雖被侵害。然實際未受損失。使加害者償以最少之金額。例如甲者期以某日。委託乙者購買股券。乙者若背契約。未爲購買。其後股券價值下落。乙者始爲之購買。此時甲者實際固無所傷。然權利則被侵害。若出訴於裁判所。請求損害賠償。裁判所以賠償之名義。命償最少數之金額是也。此種償金。惟英國行之。歐洲大陸諸國。及日本法制。不用之也。懲罰償金者。超過實際損害之償金也。蓋損害賠償。以補償被害者

之損害爲目的。非以懲罰爲目的。若加害者之行爲。爲重大之過失。或出於惡意。則裁判所因被害者之請求。命納超過實際損害之金額。例如以惡意毀損他人之名譽者是也。英國法。裁判官科懲罰賠償金。最爲自由。羅馬法系諸國之法律。通常事宜。賠償得豫知之損失與利得。若爲惡意。不得豫見之損害。而又不可避者。亦加於賠償之中也。

### III. 失權

*Privation of right*

失權者。謂使違反法律者。因裁判所之判決。

喪失一定之權利也。例如親權者濫用親權。則失其親權。不與戶主同居之家族。失受養育教育之權。受刑罰之配偶者。他之配偶者以犯罪爲理由。失請求強制離婚之權。隱匿財產之相續人。失限定承認之權是也。

### 四. 原狀回復

*In integrum restitutio*

原狀回復。一曰權利回復。謂被他人

侵害權利。因裁判所之判決。使回復侵害前之狀態也。例如非正當相續人爲相續者。因正當相續人之訴。回復相續權。又如契約當事者之

一面。不履行義務。因一面之請求。解除契約。回復原狀是也。若有相當之理由。而又能以損害賠償。爲適切之救濟法者。無須原狀回復也。

五、禁令 Injunction 禁令者。謂不法行爲之豫備。繼續。進行。因裁判所之命令。使之變更。中止。禁止。者也。例如甲者害隣家乙者之家屋。爲鑿井之工事。因乙者之訴。變更其工事。又如甲者從事製造。害及近傍之營業。因近傍人民之訴。禁止其製造是也。若當禁令之時。既已從事。則所生之損害。必命賠償。凡法律之救濟。必爲權利之侵害。禁令爲豫防之處分。雖未侵害。亦得救濟。但必權利侵害之來。爲顯然者。且必既侵害之後。雖起訴亦不能回復損害。而始救濟之也。禁令有二種。一曰假禁令。一曰本禁令。假禁令者。謂被告之行爲。確定果侵害權利與否。至裁判終結之日止。一時中止其行爲也。例如甲者入乙者之山林採薪。乙者因侵害權利。請求禁令。甲者答辯有採薪權。裁判所至判定甲者採薪權有無之日止。停止其採薪是也。本禁令者。被告侵害權利之行爲

判明之後。永久禁止其行爲。例如前例。確定甲者無採薪權。則改假禁令爲本禁令。永久禁止其採薪是也。

### 第三章 自力裁制

#### 第一節 自力裁制之觀念

自力裁制者。謂國家違法之行爲。一私人之權利被侵害。或將被侵害。許其防止禁止。以自力加於反抗者之惡報也。古代國家。權力未固。政令不能遍於天下。人民多以自力保護生命、身體、財產。以私鬪判曲直。既害國家之安寧秩序。且長弱肉強食之風。以故近世國家。設立各種機關。行使統治權。權利之被侵害。及將被侵害者。或以警察權保護之。或以裁判所當救濟之任。不許以一私人之腕力。反抗不法之行爲。及以自力回復強制被侵害之權利。若違反此原則。則必處以刑罰。雖然。若無論因何事宜。皆適用此原則。則禍患逼於眉睫。而不得排除。權利將被侵奪。而不得防止。袖手以待公力之發動。而事機危迫。間不容髮。是豈國家保護人民權

利之意乎。是以諸國法律。以事急不遑待公力者。許一私人以自力保護、回復權利。是則自力裁制之所由起也。自力裁制。亦有刑事、民事之區別。自力刑事裁判者。許對於犯罪行為用之。與刑罰相等之手段也。自力民事裁判者。許對於侵權行為用之。屬於民事裁制之手段也。

## 第二節 自力刑事裁制

各國通常所許自力刑事裁制如左。

一、正當防禦權 正當防禦權者。謂防衛自身。或他人之生命身體。加必須反擊於暴行者之權利也。例如甲揮刀將殺乙。乙當事急之時。必須防衛自身。得殺傷甲是也。此固屬例外之事。然以其暴行。為對於生命身體之暴行。故加以反擊者。必具備三條件。(一)不超過必需之程度。(二)非不正之行為。(三)非自招之暴行。具此三者。始得謂之曰正當防禦也。

二、財產防禦權 財產防禦權者。謂防衛自身財產。加必須反擊於暴行者之權利也。例如盜賊竊取物件逃走。向之追還。雖殺傷盜賊。亦在所

不禁。此種權利。通常對於財產。拒止暴行。防禦盜賊。追還贓物。且拒絕夜間無故侵入住宅。踰越損壞門戶牆壁者。皆得行使之。其他自力刑事裁判之手段。有自助權及緊急行爲權。於次節論之。

### 第三節 自力民事裁判

自力民事裁判。法制各殊。今舉其重要如左。

一、留置權 *Lien* 留置權者。謂已售出之物。猶在自身占有中。或施以勞力者。若未得代價及貨金之時。得有留置之權利也。

二、差止權 *Stoppage in transit* 差止權者。謂動產售出時。若物品運送中。買主無資力。則於途中差止。有不交付買主之權利也。英國法行此權利。他國法亦無禁之者。

三、取還權 *Replevin* 取還權者。謂他人不法奪去己之財產。被害者有取還之權利也。此亦英國特殊之制。與德意志民法之自助權相類似者也。

四、自助權 自助權者。為德意志法系之法制。豫防危難。回復權利。私人或自奪去。破壞。毀損。物品。或慮義務者之逃亡而抑留之。或因義務者之抵抗而阻止之。皆自助權也。(德民二)例如債權者。妨債務者之逃竄。奪去屬於己之物品是也。然必限於非常之際。不遑借裁判所之力。又不超過必須之範圍。且即時通知裁判所。請求相當之處分。德意志民法。此種行為。亦無刑法上之責任。日本則異是也。

五、緊急行為權 緊急行為權。亦為德意志法系之法制。與前者相似而少異。謂避除他人之物所生之危難。毀損破壞其物也。例如有人陷於囊中。不得已破之而出是也。緊急行為權。對物而生。危難之原因在物。非對人而生。與正當防禦權之不同者在此。然關於刑事。亦有緊急行為權也。

#### 第四章 國際裁判

國際裁判者。甲國違反國際法。侵害乙國之權利。乙國加甲國以惡報也。

蓋獨立之國家。互立於同等之地位。故此種裁制之性質。寧謂之曰自力裁制。其與國內裁制之不同者。無強制之性質也。今舉近世國際法所認國際裁制重要之點如左。

一、報復 Retortion 報復者。謂他國毀損本國之利益。得主張其利益。以同類之行爲返報之也。例如甲國對於乙國之輸入品。課苛刻關稅。乙國亦課甲國之輸入品。以同率之關稅。又如甲國虐待乙國人民。乙國亦以同類之行爲。虐待甲國人民是也。要而論之。報復之目的。對於不平之處置。而施以不平之處置。使他國之自反省也。

二、復讎 *Reprisal* 復讐者。他國侵害本國權利之行爲。本國亦侵害他國權利之行爲是也。古代復讐方法。最爲激烈。近世通常所用者。凡加害國之財產。及加害國人民之財產。在本國者。皆沒收之。又或抑留加害國之船舶。或據條約停止義務之履行。或拒絕加害國人民之入國。或逮捕加害之代表者。官吏。人民。以爲質。其方法不一而足也。

三、平時封港 *Pacific blockade* 平時封港者。始於千八百二十七年英法俄艦隊封鎖希臘海岸。即非戰爭而封鎖加害國之港灣。杜絕輸出入之途。然此種政策。常害及第三國。故學者間多存異論。若附加被鎖國以外諸國船舶。出入自由之條件。當多贊成之者。

四、戰爭：獨立國家之上。無獨立國家。故國際裁制之最大者為戰爭。是亦自力裁制之一種也。

# 下卷 權利

## 第一編 總論

欲取一切權利而括論之。必先釋權利之謂何。權利者。主持對立之關係也。何以言之。曰。法律承認國家及箇人之人格。定其對立關係。所以主持此對立之關係者。厥惟權利。此法律之所以重視權利。而治法學者。尤不可不三致意也。釋權利之靜狀。第一。既知權利之謂何矣。即宜區分種類。釋權利之類別。第二。法律所定者。抽象的權利。人所操者。具體的權利。法律雖創制各種權利。而權利究不能無所歸屬。蓋以特定之權利。所以保護特定人格之利益者也。有權利歸屬之能力者。是爲權利之主體。權利實際之歸屬者。亦曰權利之主體。又曰權利者。普通用<sup>之</sup>例。多從後說。釋權利之主體。第三。權利既有主體矣。即有客體。客體之學說。論者紛如。余則以他人之積極消極行爲。及物。爲權利之客體。釋權利之客體。第四。權利

既有主客。則得喪、行使、變更之事。自然而生。釋權利之動狀第五。既有動狀。必有起因。釋權利之動因第六。權利之存立行動。不能無被侵害。釋權利侵害第七。

## 第一章 權利之靜狀

### 第一節 權利之觀念

#### 第一款 權利觀念諸學說

權利觀念。古來學者。言人人殊。近世德意志法學進步。學說益多。今撮其大體。區爲三說。曰利益說。曰意思說。曰折衷說。

(一)意思說 據此學說。權利之本質。繫於意思。或曰。權利者。法律所認意思之力也。或曰。權利者。法律所與意思之支配也。蓋意思原爲權利之一要素。無意思者。無權利。無權利者。不得謂有意思。雖然。謂權利之本質在意思。且在意力者。尙未爲愜心之論。是以學者對於此說。加以評論。曰。意思及權利。決非抽象的無目的者也。必以一定之利益爲目的。

何也。人之所欲，非憑虛懸揣，託諸渺茫，必有所欲之物。有所欲之物，始爲意思之存。權利者，所以鞏固此利益者也。彼論權利之觀念，僅求其意思，而不論及利益（即目的）偏於權利之形式，而忘權利之內容。握其一要素，而遺其他要素，誠所謂知一而不知二，不免一偏之論矣。或又曰：權利爲意思之力，無意思者，不得爲權利之主體。故如幼者、瘋癲者，不得有權利。雖然，無意思能力之幼者、瘋癲者、法人，其得設代理機關，表示其意思者，非以證明其意思爲權利之一要素乎？即代理機關之意思，本人之意思也。其行爲，本人之行爲也。對於無意思能力者，法律所以設代理機關者，權利之所在，必爲意思之所在也。

(二)利益說 據此學說，權利之本質，存乎利益。權利者，法律保護之利益也。伊耶陵曰：權利之觀念，由二要素而成，利益及法律之保護是也。所謂利益者，謂生活關係之利益，即事實上之利益，足充吾人之需要者是也。不獨財產爲然，凡自由、名譽、人格、親族關係等，莫不皆然。所謂法

律之保護者。謂法律上保護權利之訴權也。爲是說者。蓋見夫主持意思說者。偏於權利之外形。思欲有以矯其弊。故以闡明實質爲宗。然其矯枉過正。趨於一偏之論。其弊亦與前說同。以故學者多非難之。或曰。權利固以利益爲目的。而利益者。權利之目的也。權利者。非利益也。因而利益之觀念。可爲權利之一要素。然不能即以利益爲權利也。例如某物有使用收益之利益。而無所有權是。惟當其享受此利益。法律似與以所有權。彼主持利益爲權利者。無乃類是。或曰。權利之本質。力也。利益者。因此力所達之目的也。權利在法律上之力。達此目的之方法也。持利益說者。權利之目的與性質。兩者蓋相混同也。或曰。利益者。人對於物之關係也。權利者。人與人之關係也。或曰。權利者。法律所保護之利益也。法律之保護。因訴權而生。然訴權非必與權利相隨。無訴權之權利。亦復不少。如公權是也。或曰。利益之主體。若爲權利之主體。則禽獸蟲魚。亦有權利。何也。禽獸蟲魚之保護法。即與禽獸蟲魚之利益

(二)折衷說 持意思說者。偏重權利之外形。持利益說者。偏重權利之內容。二者皆趨於一端。而忘事物之全體。故兼綜而論。意思、利益、皆爲權利之要素。總括二者。以定權利之觀念。此折衷說之所由生也。折衷者之意。以爲利益者。權利之目的也。內容也。意思者。權利之外形也。此即權利之定義也。或曰。法律認意思之力所保護之利益。即權利也。此傾於利益說之折衷說也。或曰。法律保護利益。爲保護利益所認意思之力。即權利也。此傾於意思說之折衷說也。凡此二說。皆不過於定義中。牽合意思與利益。使相聯絡而已。故非難前說者。謂權利之本質。不在利益。非難後說者。謂權利之本質。不在意思。實不免與意思說及利益說。受同一之批難也。近世學者。更定權利之定義曰。權利者。爲充足利益。法律對於各人之意思。所與法律上之力也。關於權利之觀念。此最爲進步之學說。爲余所贊同者也。其意義於次款論之。

第二款 權利之意義

權利非意思。又非利益。故持意思說。利益說。以論權利之觀念。皆未爲完全之論。蓋權利者。爲滿足利益。法律對於各人之意思。所與法律上之力也。今分析釋之如左。

一、權利者。力也。權利者。力也。力者。得生效果之原動力也。

二、權利者。法律上之力也。法律上之力者。謂法律上得許爲某行爲。所謂自由者是也。蓋權利者。爲法律保護各人利益之一方法。使特定人享受特定之利益。因與以法律上之力而生者也。不與法律上之力。而保護各人之利益者。謂爲法律之反射作用可也。謂爲權利不可也。故曰權利者。法律上之力也。例如傳染病毒之驅除。人民大受其利益。然僅得謂爲法律之反射作用。不得謂爲權利。何也。法律蓋未嘗與人民以傳染病驅除之要求權也。茲所謂法律上之力者。非指有訴權之謂。原來法律上之權利。有有訴權者。有無訴權者。故不得指有訴權者。爲

法律上之力也。又法律上之力與事實上之實力不同。事實上之實力如何。權利者所爲事實上之行動如何。爲法律所不問。事實上之力。雖各有不同。然在同一之權利。法律上之力。則常相等。更進而論之。權利者。謂法律上之力。即法律所許之自由。不問權利者行使之與否。惟使其行使之。且使有行使之自由。足充權利之量耳。

三、權利者。法律對於各人之意思所與之力也。權利者。非意思之謂。法律與於意思之力也。意思之觀念。雖非爲權利唯一之要素。然不失爲要素之一。若未依意思而主張利益者。非權利也。例如非各人之意思。由法律保護各人之利益者。爲法律之反射作用。不得名曰權利。故法律爲保護特定人之利益。必與以某力於其意思。此與於意思法律上之力。即權利也。凡各種之利益。依法律所認意思之力。生各種之權利。蓋各人之意思。認爲法律上之力。以之爲權利而行使時。則權利者之利益。因之而滿足也。如所有權、著作權、爲權利者自身行使權利。滿足

利益者是也。如債權。爲要求他人之動作。滿足其利益者是也。故權利者。謂發生自身與他人動作之力可也。

四權利者。爲滿足利益之力也。權利之內容。在利益之滿足。凡人營日常生活。必有種種之需要。其充此需要者。以客觀論曰貨物。以主觀論曰利益。事實上之利益。曰生活之利益。法律上之利益。因法律保護者曰法益。如財產、生命、身體、自由、名譽、親族關係。皆所謂利益是也。滿足各種利益之權利。如物權、債權、生命權、名譽權、親權、夫權。是也。故曰權利者。滿足利益之力也。滿足利益之種類。因權利之種類而分。此利益所以爲權利之內容。又爲權利之要素也。

## 第二節 權利與自由之關係

流俗之所謂權利。必非法律之所謂權利。世人往往謂吾有游眺之權利。有眠食之權利。有議論之權利。是皆所謂單純行動之自由。非法律之所謂權利也。權利者。爲滿足利益。法律上之力也。無法律之力者。非權利。法

律所未禁者，非法律之問題。故亦不得爲權利。僅於社會秩序之中，爲單純之自由耳。惟法律特定保護之自由，與以法律上之力者，始得爲權利。此帝國憲法認定之自由，所以爲權利。例如出版言論之自由，信教之自由是也。

### 第三節 權利與能力之關係

法律上之能力與權利，二者不可混同。彼權利能力，行爲能力，處分能力，皆非權利也。近世私法，謂人自初生，即有權利能力。然必不能謂享有特定權利。惟具有取得權利之資格耳。例如浮浪乞丐之輩，其有權利能力，與富豪無異。然一則貧無立錐，全不能享有財產權。一則巨金山積，享有極大之財產權也。要之權利能力，行爲能力，處分能力者，爲有得喪權利，行使權利之資格也。前提也。要件也。非權利之謂。二者不可相混同也。

### 第四節 權利與權能之關係

權能一語，意義歧出。故必示以一定之意義。法律之所謂權能，謂由權利

發生各種之作用也。例如所有者。有使用、收益、處分、其物之權。債權者有相殺之權。凡所有權、債權、權利之作用。皆權能也。然僅得謂爲權利之一效力一作用而已。不得謂爲權利也。通常稱爲權利者。非確定之語也。質言之。權利者。權能之中樞也。權能者。由權利放射之光線也。然權能一語。有用爲目的、權限之意義者。例如營業屬於國家之權能與否。其權能之語。指國家之目的言也。又如立法屬於市町村之權能與否。其權能之語。指權限而言也。凡此之類。其與權利之歧異。可不煩言而解矣。

#### 第五節 權利與法律之關係

法律與權利。猶一物之有表裏然。以客觀言曰法律。以主觀言曰權利。權利者。法律所創設者也。法律以前無權利。故所謂天賦人權。所謂自然之權利。皆非法律之所謂權利也。法律上之權利。不得在以前。法律爲保護事實上之生活利益。爲法律上之利益。使生權利之狀態。故權利者。爲法律所創定也。若夫以事實上之利益爲前提者。則非法律之所創設。

例如法律認定所有權以前。人有所有物之事實。法律認定親權以前。親有監督懲戒子之事實。其爲所有權爲親權者。皆爲法律之結果也。惟其在公權之範圍。其事實上之利益。爲權利之前提者。與權利同時發生。例如選舉權是也。然在公權之範圍。亦有不盡然者。

法律權利。雖同時並存。然其認爲權利者。必非法律保護利益唯一之方法。當法律之保護利益也。不問被護者之意思如何。或有逕行處置之者。或有因法律上之力。爲被護者之認許者。前者生法律之反射作用。後者生權利。例如法律強制人民之種痘。人民大受保護之利益。然法律不問受痘者之欲種與否。強制行之。決不能生權利。不過人民受法律之反射作用耳。若夫法律上之某行爲。授當事者以法律上之力。當事者利用此力。充實其利益與否。一任當事者之意思。法律不必強制所有者行所有權。不必強制債權者行債權也。惟使當事者行之。有利用法律認許之力。此實權利之所以爲權利也。

## 第六節 權利與權力之關係

權力者。優者強制劣者意思之力也。然權力之意義有二。一曰事實上之權力。一曰法律上之權力。事實上之權力。存於法律以前。優者之於劣者。強者之於弱者。以實力相加。皆法律以前之事實也。法律上之權力。即法律所認定之權力。自存於法律以後也。蓋國家對於人民之有權力。雖為事實之存在。而其為統治者。則為法律所認許。事實上之權力。為一種之實力。與法律無關。法律上之權力。為公權之一種。法律所認許且保護之者也。

原始時代之國家。無所謂法律。人民絕對服從強者。國家與人民之間。無法律關係。惟有所謂事實上之權力。與事實上之服從耳。既無法律關係。則國家及人民。皆無所謂人格。既無人格。則要求國家行為之權利。與人民相互之間。權利義務之關係。舉皆不得而有之。近世國家則不然。設立法律。認定人格及權利。規律人民相互之行為。且限制國家自身之行為。國家

雖得改廢法律。然一旦制定之後。不得輕率更張。雖在國家。亦受羈束。國家不獨認定人民相互之權利義務。且認定國家與人民之權利義務。以故人民對於國家。有權利。負義務。國家對於人民。亦有權利。亦負義務。個人之公權（國民權）即由是而生。雖然。非不認權力與服從之關係也。事實上權力之國權。今爲統治權。爲法律上之權利。其服從之義務。爲法律之義務。故在今日。權力者。權利之內容也。服從者。義務之內容也。國家有行權力之權利。人民有盡服從之義務。彼謂權力關係。爲不平等關係。非權利關係者。非吾黨之所知也。

#### 第七節 權利與義務之關係

權利義務。如關鍵之兩端然。故凡爲法律。不獨認定權利。保護利益。與人以法律之自由也。且恐他人之加以妨害也。故禁他人不得爲越權之舉。又欲完全其法律之自由也。故課他人以負擔。其課他人之負擔。無論其爲積極。爲消極。皆義務也。法律一面認定人之權利。一面使他人負相當

之義務。此權利所以爲權利之用也。是故義務云者。法律使權利者得充其權利之量。於他人之意思。加以法律上之羈束也。今分析釋之如左。

一、義務者。加意思於法律上之羈束也。布倫士曰。權利與義務之關係。如自由與必要之關係。其言可謂意深旨遠者矣。蓋人之有權利也。行使之可也。放棄之可也。讓與之亦可也。一任權利者之自由也。義務則不然。必從權利者之意爲之。若一任義務者之意。如債務者之附隨意條件。於法律爲無效。不得謂爲義務也。是故權利者。意思之力也。義務者。意思之羈束也。然意思之羈束。有積極者。有消極者。

二、義務者。於他人意思加以羈束也。與權利對待之義務。常屬他人。必不就一人而發生。若屬於一人。則二者混淆。同歸消滅。以故義務者。必屬於權利者以外之他人。加他人之意思以羈束。自然之道也。雖然。有時權利亦爲義務。有時於一方面爲權利。於一方面爲義務。例如親權選舉權是也。法律使權利者爲己身之利益。且爲他人及社會之利益。

故權利同時爲義務也。公權具此性質者頗多。如市之公民。就市之名譽職是也。權利之行使與放棄。一任權利者之意。其必須行使。不能任意者。非權利也。惟夫權利同時爲義務之時。則必須行使。不得任意放棄。蓋權利可任權利者之自由。義務不能任義務者之自由。此不可不區別者也。

三、義務者。使權利者得充權利之量也。權利無相當之義務。則權利不能爲權利之用。故二者相對而生。無無義務之權利。無無權利之義務。或曰。權利生而後義務起。義務者。權利之反照也。或曰。法律使人負義務。權利由義務之反射而生。雖然。二說皆非。權利義務之發生。如物之有表裏。如線之有兩端。本無前後之殊也。或曰。有權利始有相應之義務。然亦有無權利之義務。例如國家有維持公共道路之義務。其相對之權利。屬於何所。君主有遵守憲法之義務。其相對之權利。屬於何人。雖然。維持公共道路者。出於國家行政之必要。非權利義務之問題也。

準據憲法之條規者。爲君主行統治權之條件。非君主之義務也。君主而行統治權也。則準據憲法可也。君主而不行統治權也。則不準據憲法。亦無不可也。要之在此有權利者。在彼必有義務。無義務之權利。非權利也。在此有義務者。在彼必有權利。無權利之義務。非義務也。蓋義務者。爲充足權利之量。羈束負擔者也。

## 第二章 權利之類別

### 第一節 公權私權之區別

法律有公私之殊。權利亦有公私之別。公私法之溝劃未清。則公私權之區別難確。今列舉其學說之重要者如左。

(一)法律說 此說以法律之公私。而分權利之公私。蓋謂公權者。公法上之權利也。私權者。私法上之權利也。凡法律保護事實。爲法律關係。法律關係。即權利義務之關係也。公法上發生之權利爲公權。私法上發生之權利爲私權也。雖然。公私法之區別。既屬疑問。則此說亦徒存皮

相。未明本質。不無遺憾也。

(二)法律關係說 此說謂公權者。爲不平等關係。所謂權力關係發生之權利也。私權者。謂平等關係發生之權利也。此以權力關係。平等關係二者相區別。尙未爲完全之說。何也。私人間之不法行爲。何故而爲平等。私人間之殺傷。何故爲不平等。又何故科之以刑罰。果如此說。則如親權關係。世人所目爲私權者。將以不平等之故而爲公權。如國際法之權利。世人所目爲公權者。將以平等之故而爲私權。彼持法律關係以判權利之公私者。當亦有不能自圓其說者矣。

(三)利益說 此說以利益之公私。區別權利之公私。蓋以私權者。爲私益之權利也。公權者。爲公益之權利也。主唱此說之學者。更進論之曰。私權者。以私益之故。有行使與否之自由。公權者。以公益之故。權利者不得不行使之。無放棄之自由也。雖然。權利者爲充足各人之利益。法律認定各人法律上之力也。故權利者之行使權利與否。一任權利者之

自由。使從此說。則權利皆爲私益也。法律保護各人權利。直接間接。無不與公益相關。使從此說。則權利皆爲公益也。是則以利益之公私。區別權利之公私。亦未爲當也。

(四)格爾克 (Gierke) 說 格氏曰。公權爲團體權。於團體關係發生者也。私權爲個人權。個人相互關係發生者也。以故國家及公共團體之權利。皆爲公權。雖然。使如格氏所言。則會社發生之權利。將爲公權乎。個人對於國家之權利。將爲公權乎。抑爲私權乎。此則頗難於解釋者矣。

(五)葉臬克 (Jellinek) 說 葉氏曰。私權者。謂權利者自然有欲得之力。法律不過認許之而已。公權者。謂從來未有權利者。法律新授以欲得之力。此以欲能之力。與欲得之力。爲公私權之區別。然亦未爲確論。何也。權利者。法律所創設也。公私權之前提關係。皆在法律認爲權利以前。惟法律認此事實關係。爲法律關係。而權利始生。故曰權利者。法律之力也。公權及私權。皆法律所創設也。若以自然之力爲前提。以所有權

爲法律所認許。以選舉權爲法律所創定。誠不免誤解矣。

(六)法律關係主體說 此說在以法律關係之主體。區別權利之公私。蓋謂公權者。法律關係之主體。一面常爲國家及公法人所得之權利。私權者。法律關係之主體。常爲私人所得之權利也。然亦有例外。例如國家及公法人。當爲債權者或爲債務者之時。則生債權關係。債權關係。爲私權關係。私權關係之原則。多由私人爲權利者及義務者。今一方以國家及公法人爲權利者及義務者。仍可謂爲私權關係也。法律公私之區別。余既採法律關係主體說。故權利公私之區別。亦從此說也。

## 第二節 公權

### 第一款 公權之觀念

私法之研究。自羅馬法以來。迄於今日。閱千數百年。始達完成之域。然公法之發達頗遲。中古以前。固無論已。至是以降。學者論說。指法律爲私法。謂權利即私權。封建時代。公私法混合未分。權界置之不問。自然法派之

學說否認國家及人定法。陳述人類自然之狀態。原未區別權利之公私。十九世紀中葉。德意志格別出。始從事公法公權之研究。拿班德輩祖述之。遂使公法公權之觀念。有今日之發達。然其條目細節。學說紛歧。以視私法私權。達於確定完成之域者。實有霄壤之殊也。

余前論公權者。謂法律關係之主體。一面常爲國家及公法人所得之權利。故權利者。義務者。一面爲公法人所得之權利。曰公權。權利者。義務者。爲私人所得之權利。曰私權。例如債權關係。物權關係。私權也。如選舉權。自由權。以私人爲權利者。國家爲義務者。公權也。國家對於國民。國民對於國家。固皆有公權。然國家以外之公法人。例如公共團體。對於國家及個人。亦皆有公權也。

國家對於國民。有命令強制之權利。曰統治權。統治權者。事實上之權力。法律認爲權利。爲國家之公權。且爲公權之最著者。個人對於國家所有之公權。曰國民權。蓋國民爲國家團體之一員。有一分子之權利也。然以

財產爲目的之時。得爲公權與否。誠屬疑問。卓母氏謂公權以權力關係爲本質。私權以財產關係爲實質。雖然。公權亦有以財產爲目的者。例如租稅徵收權。公用徵收權是也。古時警察國時代之觀念。凡財產關係。皆目爲私權關係。私權關係主體之國家。名之曰國庫。命令權主體之國家。不得爲私權之主體。此說至於今日。已屬陳腐之論。蓋國家欲達財政之目的。有採私法之形式者。例如供給契約是也。有採公法之形式者。例如徵收租稅是也。故國家必因立於公權關係與私權關係而區別者也。日本法律所指之公權。與此不同。例如刑法之剝奪公權。其所謂公權。蓋總稱國民之特權。爲官吏之權。有勳章年金之權。就兵役之權。而言也。然此種權利。實非權利。故非公權。不過一種之資格能力。有得權利能力之前提要件耳。

## 第二欸 公權之類別

公權分三種。曰國家之公權。曰國家以外公法人之公權。曰個人之公權。

(一) 國家之公權

國家之公權。(一)國家對於他國家之公權。國際法上之權是也。(二)國家對於國內公法人之公權。統治權作用之一是也。(三)國家對於國民之公權。統治權是也。

(二) 國家以外公法人之公權

國家以外公法人之公權。(一)對於國家有公權。(二)對於他公法人有公權。(三)對於團體員有公權。此種公權。為一種命令權。實為國家機關。受國家委任。掌國家行政。行國家命令權。故可謂為公權也。

(三) 個人之公權

個人之公權。(一)個人對於國家有公權。所謂國民權者是也。蓋國民為國家之一員。對於國家有權利也。國民權又分為三。(甲)參政權。謂參與國家機關之權利。例如選舉權。被選舉權。是也。(乙)國家行為要求權。謂要求國家行為之權利。例如要求裁判之權是也。(丙)自由權。謂一定之

事項。對於國家之權利。例如出版言論之自由是也。二、個人對於公共團體之公法人有公權。蓋個人爲公法人團體之一員。對於團體得有權利。例如市之公民有選舉權。有就名譽職之權是也。

### 第三款 公義務

公義務者。對於公權之義務。謂權利者及義務者。一面常爲公法人之義務也。申言之。公義務者。使公權之權利者。滿足其利益。法律加於他人意思之羈束也。公權同時爲義務者頗多。蓋公權不獨爲權利者之利益。且爲他人及社會之利益。法律所創定之權利。自權利者利益之點觀之爲權利。自他人及社會利益之點觀之爲義務。例如選舉義務是也。雖然。公權非必同時爲義務。例如私人有求裁判之權利。無求裁判之義務是也。故曰公義務者。對於公權之義務也。

### 第三節 私權

#### 第一款 私權之觀念

私權者。與公權相對之權利也。公權爲公法上之權利。私權爲私法上之權利。詳言之。權利者及義務者。常爲私人所得之權利。曰私權。然國家及公法人。亦得爲私權之主體。故私權及私義務之主體。不得謂專指私人。此余所以謂權利者義務者。常爲私人。非盡爲私人也。又所謂私人者。包含私法人而言。固無俟深論也。

余之解釋私權觀念也。學者或謂其偏重形式。故私權之定義。言人人殊。或謂爲私益之權利。或謂以財產爲目的之權利。或謂爲平等關係之權利。凡此諸說。不無缺漏。曩者已評論之矣。要而論之。私權者。私人爲權利者。爲義務者。所得之權利。私人對於公法人。亦有私權存乎其中。公法人之間。雖亦有私權存乎其中。惟其權利之性質上。存乎私人間者。始不失爲私權。蓋國家及公法人與私人。爲對等關係之契約。或行使命令權。皆任其自由選擇也。

## 第二款 私權之類別

私法私權研究之發達，遠勝於公法公權，私權之類別，較公法亦爲詳明正確。如物權、債權、親族權，是也。然人格權、專用權，今日尙爲學者所討論，茲舉私權類別之概畧如左。

一、因實質之類別

(二) 人身權 有與權利者之一身，相密接關係之私益，保護此利益之權利，曰人身權。通常分類者如左。

(甲) 人格權 人格權者，保護人所以爲人之存在條件，及附屬一身狀態之權利也。細別之如左。

(子) 生命權 保持生命安全之權利。

(丑) 身體權 保持身體安全之權利。

(寅) 自由權 身體自由不受束縛之權利。

(卯) 名譽權 名譽不被毀損之權利。

(辰) 信用權 信用不被毀損之權利。

(己)姓名權 禁他人使用本身姓名之權利。

(午)尊稱權 專用勳爵位階紋章之權利。

右所舉諸權利。果爲權利乎。抑爲法律反射作用乎。甲說者曰。法律保護個人之生命、身體、自由、名譽。個人因之而大受利益。惟由法律之反射作用。不生個人之權利。乙說者曰。法律保護個人生命、身體名譽。個人主張其利益。與以法律上之力者。皆得稱之爲權利。余爲主持乙說者。駁之者曰。姓名權不可以爲權利。即以姓名權爲權利。然如斯權利。主爲刑法行政法警察法所保護。亦不得名曰私權。不知所有權亦爲私權之一。曾受刑法警察法之保護。彼爲駁論者。不免流於極端之論耳。要之人格權者。民法及其他私法。雖無特別規定。然有加以侵害者。概於民法中不法行爲之部規定之。故人格權可謂爲私法保護之私權也。反對者曰。權利存否之問題。非侵害者賠償請求權存否之問題。不知既無權利。又安得而有侵害者耶。

(乙)身分權。身分權者。由權利者之身分關係所生之私

民法中之最著者如左。

(子)親族權。夫對於妻之權利。親對於子之權利。

(丑)戶主權。戶主對於家族之權利。

(寅)後見權。後見人對於被後見人之權利。

(卯)相續權。相續人爲相續之權利。

右所舉之私權。民法親族編相續編詳細規定之。余於私權關係編論之。茲不贅。

(二)財產權。財產權之意義。學說各殊。或謂有金錢上價值之權利。或謂權利者有交換的價格。或謂權利者有處分目的之權利。然余所服膺者。則謂權利者得爲金錢評價之權利也。

私權不必爲財產權。財產權亦不必盡爲私權。故公法中亦有財產權。例如公用徵收權。徵稅權。公所有權。公有物關係是也。公法之財產權。

與私法之財產權。二者雖殊。然不得誤解國家無財產權也。蓋國家若無私法上巨大之財產權。將無以爲行政機關之維持。且無以爲支出之費用也。又財產與財產權。不可混同。財產者。爲權利目的之物也。財產權者。以財產(物)爲目的者也。例如物權是也。其不以財產爲目的。惟以人之行爲爲目的者。例如債權是也。然債權之權利者。得爲金錢評價時。不失爲財產權也。財產權通常分爲三種。列舉如左。

(甲)物權 物權者。權利者不俟他人之行爲。直接支配物之權利也。

日本民法中。物權之分類如下。(一)占有權。(二)所有權。(三)地上權。(四)永小作權。(五)地役權。(六)留置權。(七)先取特權。(八)質權。(九)抵當權。(十)永代借地權。前九種。民法物權編規定之。永代借地權。特別法定之。

(乙)債權 債權者。權利者使他之特定人。爲特定積極或消極行爲之權利也。債權之目的。多以金錢核計。故債權多爲財產權。然債權之目的。有時不得以金錢核計者。民法三九九則不得爲財產權。故

債權不必盡爲財產權也。債權之原因。爲契約、事務管理、不當利得、不法行爲、及他各種商行爲。不可勝述。因其原因之異。而種類亦各殊焉。

(丙)專用權 專用權亦爲私權。且爲財產權。或謂爲無形之財產權。或謂爲精神的所有權。或謂爲智能權。所有權以有體物爲目的。專用權以無形之物爲目的。無形之物者。爲各人精神技術之產出物。例如著作物、彫刻、是也。專用權之最著者。一曰著作權。例如著書、演述、圖畫、劇曲、之類。文藝學術之著作權也。彫刻、模型、寫真、之類。美術之著作權也。二曰工業所有權。爲工業製作物之權利。例如特許權、意匠權、商標權、之類是也。以上所舉諸權利。不規定於民法商法。日本之著作權法、特許法、意匠法、商標法、以特別法定之。此種權利。雖爲財產權之一種。然關係於行政法者頗大。故此種諸法律中。規定於行政上者爲多也。

專用權之性質。爲財產權之一種。故亦爲私權之一種。然今日學者之所議論。或有謂屬於專用權諸種之權利。得爲金錢評價者。固可目爲財產權。然證諸日本民法。物者。有體物之謂。物權者。以有體物爲目的之謂。故專用權。爲精神的所有權。非財產權。此一說也。或有謂專用權爲人之智能。又爲技能之產出物。與人有密接之關係。宜列於人格權之中。此又一說也。然二說皆非篤論也。要之專用權者。雖由人固有之智能產出。似與人格權有密接之關係。然有金錢評價之性質。不得不曰財產權。惟有排斥他人。同類行爲之權利。稍與所有權相類似而已。

## (二) 因形式之類別

(一) 絕對權、相對權 絕對權者。謂權利者對於一切之人所有之權利。而權利者以外之人。皆爲義務者也。如人格權、物權、專用權。皆爲絕對權之最要者。絕對權一曰對世權。蓋對於世人普通權利之義。其侵害

絕對權者。爲私法之不法行爲也。相對權者。對於特定之人。要求其爲特定積極或消極行爲之權利。專限特定人爲義務者也。例如債權、身分權。皆爲相對權之最著者是也。絕對權者。無論何人。皆可侵害之。相對權。僅特定義務者可侵害之。若夫債務者。給付債權者。債權之目的。而第三者毀損滅失之。則第三者似侵害債權。不知實爲物權侵害之不法行爲。成物品毀棄之罪。非債權之侵害也。

(二)主權利、從權利 主權利者。爲獨立之權利。例如所有權、地上權、永小作權、是也。從權利者。附屬主權利。供擔保、助擴張之權利。例如地役權、留置權、先取特權、質權、抵當權、保證債權、是也。

(三)積極權、消極權 積極權者。權利者自爲積極行爲。又使義務者爲積極行爲之權利也。例如以積極行爲爲目的之債權是也。消極權者。要求義務者爲消極行爲之權利也。例如使義務者。不爲某事之債權是也。所有權者。對於第三者。要求不得爲侵害之事。爲積極作用之反

照當然之結果。故所有權不得爲消極權也。

(四)專屬一身之權利。得讓與之權利。專屬一身之權利者。不得讓於他人之權利也。例如身分權、人格權、是也。得讓與之權利者。與前者相反對。得讓於他人之權利也。例如物權、債權、專用權等類之財產權是也。財產權中有不得讓與者。例如受扶養之權利是也。

(五)第一權、第二權。第一權一曰原權。不待他人之侵害。而自有之權利也。例如所有權、債權、是也。第二權一曰救濟權。他人侵害第一權時。始生之權利也。例如對於不法行爲。損害賠償要求權是也。

### 第三款 私義務

公義務者。對於公權之義務。私義務者。對於私權之義務。權利者及義務者。常爲私人之義務。曰私義務。申言之。使私權之權利者。滿足其利益。法律加於他人意思之羈束也。私義務。通常發生於私人間。然公法人有時亦爲私權之主體。又爲私義務之主體者。私義務之類別。可由私權之類

別觀察。對於絕對權。有消極義務。例如對於物權之義務是也。對於相對權。有積極義務。有消極義務。例如對於債權之義務是也。

#### 第四節 國際法上之權

國際法上之權者。國際法上國家所有之權利也。即國家爲國際團體之一員。有團體員資格之權利也。前論公私之權利。皆爲國內法之權利。若國際法上之權。爲對於外國之權利。以故國際法之性質。與國內法大異。其果爲法律與否。爲古來學者集議之點。今日國際法之發達。雖未脫幼稚之域。然學說及實際。皆認爲法律。而國際法上之權。亦爲權利之一種。惟國際法之權。及本質種別。與國內法之權利大異。此余所以別於諸權利而分論之也。

### 第三章 權利之主體

#### 第一節 自然人

##### 第一款 自然人之發生

自然人因出生而發生。出生者。胎兒由母體分離之謂。胎兒由母體分離。爲自然人要件之一。申言之。須產出行爲之完全也。產出行爲之完全云者。胎兒全由母體產出之謂。而其產出時。加以人工與否不問也。又生而有生命者。爲自然人要件之二。生而有生命者。出產時有生命之謂。若在母體內既死亡。又或出產之際死亡者。法律皆不得謂之曰人。苟保有生命而生存者。不問其生存時期之長短。法律得謂之曰人。羅馬法。法律上之人。必孩兒出生之時發泣聲者。法國法。必備生活能力者。近世諸國法制通例。不必具此條件也。羅馬法。巴威倫州法。普國州法。索遜民法。規定畸形兒不得爲人。然畸形兒與不具者之界限不明。其得目之爲人與否。不能置諸普通觀念以外也。

私權之享有。通例以出生之始爲本則。然有時雖在胎兒。亦認爲有一定之權利。視之如既出生者。例如日本舊民法。羅馬法。法國法系諸國之法。雖爲胎兒。其利益與既生者相若。然概括規定。動輒生疑。故日本現行

民法以人之未出生者不得享有私權爲原則。惟因保護胎兒得設特別例外之規定。即胎兒對於不法行爲之損害賠償請求權。及相續之事。皆與既生者相等。故被害者爲遺腹之子。對於加害者得要求損害賠償。又胎兒爲嫡出子。得在既生私生子之先。爲相續者。但此際胎兒非謂其在胎內已有損害要償權及相續權也。惟出生之後始有權利。不過法律爲胎兒保留此權利耳。故生而爲死體者不能享有此權利也。

## 第二款 自然人之權利能力

### 第一項 關於公權之權利能力

權利必歸屬於權利能力者。然有權力能力者未必享有權利。何也。私權之權利能力。不問老幼男女貴賤。皆爲平等。卽外國人亦視同一律。爲文明國之通義。若公權之權利能力則不然。享有公權者。以有國民籍爲要件。詳言之。公權惟限於其國之國民享有之。外國人除條約法令特許外。無享有之者。蓋個人對於國家之有公權。國民權爲國民資格之權利。個

人公權中之自由權。例如居住移轉之自由權、信教之自由權、是也。個人公權中之國家行爲請求權。例如國民對於國家要求行政行爲、或司法行爲之權利、是也。其享有公權。與私權同始於出生之時。外國人之享有公權者。限於條約法令所認許。非自出生之時而有享有之能力也。至若參政權。例如各種選舉權。及被選舉權。雖本國國民。亦不能於出生之時享有。必具備年齡、住所、納稅、額等之法定資格要件者。始得享有之。若外國人。雖條約法令。亦不能認許之也。蓋此種公權。由一面觀之。爲公義務。必有忠誠奉公之精神。若使外國人參與本國之政治。非我族類。其心必異。而欲措國家於磐石之安也。得乎。

### 第二項 關於私權之權利能力

私權與公權異。不問老幼男女貴賤。不問內外人。皆於出生之始。享有私權。爲近世文明國之通義。今分析釋此通義如左。

(一)私權之權利能力。不因男女而殊。羅馬法。女子有權利能力之制限。

近世諸國法制。男女之間。絕無區別。惟女子與男子結婚之後。因爲妻之地位。受行爲能力之制限耳。

(二)私權之權利能力。不因年齡而殊。私權之權利能力。雖不因年齡而殊。然行爲能力。則因年齡而有差異。例如未成年者之行爲能力。必受限制者也。

(三)私權之權利能力。不因家族身分而殊。羅馬法。家長之於家族。有強大之權利。操生殺與奪之權。近世文明諸國法律。棄家族主義。採個人主義。不受權利能力之限制。惟行爲能力則不然。例如日本民法第八百八十三條之規定是也。

(四)私權之權利能力。不因社會之階級地位而殊。無貴賤貧富之別。無華族士族平民僧侶俗人之殊。私權享有之能力。皆爲平等。然現實所有權利之多少。與權利能力之有無。不可混同也。

(五)私權之權利能力。不因宗教而殊。虐遇異教徒。又或區分新舊教。而

異其權利能力。此在往古爲然。近世文明諸國。私權享有之能力。與宗教之異同無涉也。

(六)私權之權利能力。不因國籍而殊。近世文明國之多數。關於私權。採內外人平等主義。然各國之制度不同。今列舉其主義如左。

(甲)排外主義 此種主義。凡外國人全然不得享有私權者。曰絕對的排外主義。其限制外國人之權利能力者。曰相對的排外主義。羅馬市民法。採絕對的排外主義。英美國法。初亦本此爲原則。近來以諸種條例矯正之。實際則與內外人平等主義無殊也。

(乙)相互主義 此主義中。有條約相互主義。例如乙國家與甲國之人民以某權利時。則甲國家亦與乙國人以同一之權利。甲乙兩國。因條約所約定之主義。法蘭西、比利時。皆採此主義也。有法律相互主義。例如甲國之法律。對於乙國人之在甲國者。與以某權利時。乙國之法律。對於甲國人之在乙國者。亦與以同一之權利。甲乙兩國。因法規所規

定之主義。填大利瑞西、瑞典、採此主義也。

(丙)平等主義 此種主義。凡關於私權。雖外國人。亦使與內國人。享同一之權利能力。蓋時至今日。內外交通。四海比隣。固不能夜郎自大。尊已黜人者也。德意志新民法。日本現行民法。皆採此主義。然日本民法。有二例外。外國人不得與內國人享同一之權利者。茲舉如左。

(子)條約禁止之時 日本與外國人締結條約。凡外國人之享有私權。如何規定禁止。茲不概論。

(丑)法令禁止之時 外國人之享有權利。法律命令。皆得而限制之。按現行法令。限制外國人者如下。(一)不得獲取土地所有權。(二)不得爲日本銀行橫濱正金銀行等之株主。株主猶言股東也(三)不得爲鑛業人

及砂鑛採掘人。(四)不得爲取引所之會員、株主、仲買人。仲買人猶言買賣經紀人也

(五)不得爲日本船舶之所有者。(六)訴訟之事。與日本人待遇不同。必須保證。(民訴法八八)不得求訴訟上之救助。(民訴法九二)

凡日本國法所謂外國人者。謂無日本國籍之人。故雖無國籍之人。亦爲外國人。又有二國國籍。其一爲日本國籍者。日本人也。外國人之來日本也。不問其在本國享有如何私權。其居留日本也。與日本人享有同一之私權。縱令在本國爲奴隸。而其來日本也。非奴隸。縱令其在本國爲貴族。而其來日本也。不能享有日本人私權以上之私權。

### 第三款 自然人之行爲能力

#### 第一項 公權之行爲能力

行爲能力者。行使權利。得生法律效果之行爲能力也。當權利者之行使權利。有事實上之行爲。有生法律效果之行爲。事實上之行爲。爲法律所不問。法律上之行爲。必生法律之效果。故有權利能力者。未必有權利。且未必有行爲能力。惟有行爲能力者。必有權利能力。然就公權而論。自由權與個人之出生同時享有。惟監獄囚徒。無居住移轉之自由權。軍人。警

察官、神官、僧侶、學校教員、學生、女子、未成年者、公權停剝者、不得加入結社。參政權則禁治產者、破產者、公權停剝者、神官、僧侶、無選舉權及被選舉權。此皆無公權之行爲能力。且行爲能力之受限制者也。私權之權力、行爲能力、區劃明晰。公權異是。如有權利能力者、同時有權利。且有行爲能力。無行爲能力者、即不能有權利能力。是公權之權利能力與行爲能力。可混而爲一者。不知詳細尋繹。未嘗不可區分。惟不能如私權之如何而爲行爲能力者。如何而爲行爲無能力者。概括確言之也。

### 第二項 私權之行爲能力

私權之行爲能力者。謂行使私權。爲法律行爲之能力也。有權利能力者。通例有行爲能力。然亦有有權利能力而無行爲能力者。是曰行爲無能力者。其有行爲能力之人。不能一一列舉。故諸國法律。通常列舉行爲無能力者。除此而外。皆爲有行爲能力者。可推知也。然行爲無能力者。非全然不得爲法律行爲。有時因某事宜。得爲有效法律行爲。又或某國法制。

僅曰限定能力者。不曰行爲無能力者。日本民法。凡無完全行爲能力者。總稱之曰無能力者。蓋法律認爲無能力者。恐與無能力者交易之人。損失利益。且爲保護本人之意。故其行爲。必非當然無效。僅取消之可也。

日本民法。所謂無能力者如左。

(一)未成年者 成年者之年齡。因國而殊。日本以滿二十歲爲成年。不及者曰未成年。未成年者。爲法律行爲。必經法定代理人之同意。無同意之行爲。得取消之。蓋出於保護未成年者之意。若未成年者爲得權利、免義務之行爲。絕不受損害者。無須法定代理人之同意可也。未成年者之法定代理人云者。指示未成年者之親權者及後見人而言。雖然。未成年者亦得於一定之範圍內。有行爲能力。茲舉如左。

(二)法定代理人許可處分之財產 未成年者。不得獨行獨斷。自爲法律行爲。其爲法律行爲。皆得取消。無論何人。不能與之交易。然於事實之障塞殊甚。故設一定之財產。法定代理人。任未成年者之自由處分。

此時之法律行爲，爲有效行爲。例如學校生徒，由父兄給與學資金，購買必需品是也。

(二) 未成年者許可營業之際，未成年者亦多有智能發達，過於成人，每因室家艱難，勢不能不營生計者。既爲營業，則不能不爲種種法律行爲。若此際一一須代理人之同意，不特勢所不能，且將有不能營業之苦。故未成年者，由法定代理人許可營業之際，與成年者無殊也。

(三) 禁治產者 有心神喪失之常況。裁判所因特定人之請求，爲禁治產之宣告者，曰禁治產者。故爲禁治產者，必具備之要件如左。

(一) 有心神喪失之常況者 法律爲保護心神喪失者（如瘋癲白痴者）設禁治產之制度。使禁治產之後見人，代之爲法律行爲。禁治產者所自爲之行爲，皆得取消之。故以有心神喪失之常況，爲禁治產之要件，原出於保護之意也。雖然，有心神喪失之常況者，非必即時而爲禁治產者也。

(二)裁判所爲禁治產之宣告。瘋癲白痴者。必俟裁判所之宣告。始爲禁治產者。而裁判所之宣告。又必俟一定利害關係人或檢事之請求。始得宣告。不得因職權而宣告之也。當未宣告以前。不爲禁治產者。既宣告以後。凡與之交易之法律行爲。皆可取消者也。

禁治產者。必置後見人。後見人必力任禁治產者之療養看護。管理其財產。且代理其財產之法律行爲。禁治產者自爲之法律行爲。得取消之。若證明其意思能力全缺乏者。得全歸無效。惟非財產行爲。後見人不得代理。例如婚姻、養子、私生子認知、隱居行爲。必限於禁治產者之意思能力。得自爲之。

(三)準禁治產者。法律爲保護心神耗弱者、聾者、啞者、盲者、浪費者。設準禁治產之制度。心神耗弱者。謂老衰疾病精神不完全者。浪費者。謂有蕩盡己身財產之虞者。此類之人。皆因特定人之請求。裁判所爲準禁治產之宣告。名之曰準禁治產者。準禁治產者置保佐人。保佐人之於準禁治

產者與後見人之於禁治產者大異。不過爲補充能力。非代準禁治產者爲法律行爲也。惟準禁治產者爲重要之法律行爲。必與之同意。無保佐人之同意者。得取消之。其他行爲。單獨爲之可也。

(四)妻 女子之爲女子也。與男子之行爲能力無殊。惟既經適人。立於夫權之下。受一定行爲能力之限制。其爲特種法律行爲。必受夫之許可。未受許可之行爲。得取消之。若許可營業者。則營業之一切法律行爲。與獨立者無異也。

#### 第四款 自然人之住所

住所者。謂各人生活之本據地也。生活之本據地者。指生活利益之中心點而言。故必有永住之意思。及居於定地之事實。若徒一時停留。因事而來。事畢即去。雖占居某地。不得謂其人之住所。又或有永住之意思。而無占住之事實。亦不得謂其人之住所。是故以永住之意思占住者。其事實上之占住。雖時日無多。亦得名之曰住所也。例如人以某地爲常住之地。

構造廬舍。經營事業。居家長子孫。其所占住之地。即爲生活之本據地。故名之曰住所。

以生活之本據地爲住所者。始於日本及德意志民法。近時文明諸國立法例。大率本此。然與住所相似而實異者。本籍地、居所、現在地、是也。本籍地者。室家本籍之地。法律上之性質。與住所地不同。日本舊民法。以人之本籍地爲住所。偏重形式。不適事實。蓋本籍地與住所。事實一致者雖多。然不可以概論也。居所者。以永續居住之意。而爲棲身之地。非生活之本據地。例如別莊野墅是也。現在地者。暫時棲身之地。例如旅館客寓是也。然而法律上之效果。則取生活之本據地。爲有重大關係。其最著者。(一)定人之普通裁判籍。(民訴法一〇)(二)定民法上不在者之標準。(民法二五)(三)爲償還債務之地。(民法四八八)(四)定破產之管轄裁判所。(五)定國際私法上準據法之標準。(法例一二、二七、二八)(六)爲國籍法上歸化之要件。(國籍法七)(七)通信之地等類是也。

凡人皆以生活之本據地爲住所。既論之矣。然乞丐浮浪之徒。江湖飄泊之輩。萍蹤靡定。職業無恒。論厥住所。蓋未易言。無已。則以其居所爲住所。凡在日本無住所者。不問其爲日本人與否。不問其在外國有住所與否。概以其居所爲住所。國際私法上住所地法之準據法。其人在外國有住所者。就其該當關係。以外國之住所爲住所。又或法律行爲當事者住所遠隔之時。選定假住所爲住所。至商人則住所以外。有營業所。經營小買之商人。住所與營業所。多相連屬。富商大賈。則住所自住所。營業所自營業所。此際以家族生活之中心點爲住所。以營業生活之中心點爲營業所。通例以此相區別焉。

#### 第五款 自然人之消滅

自然人之消滅。其原因有二。

(一)死亡 死亡者。生命之斷絕也。有死亡。而後自然人之人格消滅。權利能力。始於出生。終於死亡。故人於死後無享權利負義務之事。然權利義

務。非與主體同歸消滅。得以移轉承繼於他人。如相續。其最著之例也。凡主張權利者。證明權利原因所生之事實。爲證據法之一大原則。故因他人生存死亡取得權利者。必證明其事實也。

(二)失蹤 法律對於去住所居所。永不歸來者。因一定之人之請求。宣告失蹤。既經宣告。則私權關係。視同死亡。故亦爲自然人消滅之一原因。然失蹤者之中。包含不在者。而二者之區別。亦無定則。日本民法失蹤章。(民法第一編第四章)雖並規定不在者。然自條規上觀察。不在者與失蹤者。各有區別。不在者。謂去從來之住所居所。非目爲死亡者也。失蹤者。謂不在者中具備一定之條件。受失蹤之宣告。目爲死亡者也。今舉日本民法。二者規定之差異如左。

(一)不在者 不在者。去從來之住所。居所。或置財產管理人。時時通信者。或不置管理人而去者。此時裁判所防財產之散失。因一定人之請求。選任管理人。使管理其財產。

(二)失蹤者 不在者之生死。自最後知其生存之日起算。七年間不明者。裁判所因特定人之請求。宣告失蹤。既受宣告者。不得有私權之權利能力。不得爲法律行爲。若受宣告者尙生存時。因本人及特定之人。請求裁判所。取消失蹤宣告可也。

## 第二節 公法人

### 第一款 公法人之觀念

公法人之觀念。學說各殊。或曰。公法人者。爲國家之行政機關。且有人格。其中公共團體。爲國家組織之一部。其爲國家機關。亦與官廳等。惟有獨立人格。爲其相異之點。蓋國家使公法人自執行行政事務之一部。公法人之事務。既爲國家之事務。又爲己身之事務。公法人立於國家與人民之間。上對於國家。有爲行政機關之義務。下對於人民。有行命令權之權利。雖然。是說僅釋明公法人中公共團體之性質。未包括公法人中重要之國家而並論之也。或曰。公法人之本質。有執行目的存在事務之義

務。試觀公共團體。非對於國家。有執行團體行政事務之義務者乎。私法人以無此義務。故無論何時。皆得任意解散。公法人之發生消滅。則必俟國家之法律。因而團體之執行事務也。既爲團體之權利。又爲團體之義務。是則公法人之所以爲公法人也。雖然。是說亦與前說相同。僅釋明公共團體之本質而止。不得謂爲正鵠也。或曰。公法人對於團體員。得行使命令權。是爲公法人之特質。與私法人相異之點也。申言之。公法人不問國家與公共團體。皆有命令權。國家之統治權。爲命令強制之權利。公共團體。一面爲法人而有人格。一面爲國家之機關。爲國家而行統治權。其命令權雖由國家傳來。然亦不失爲命令權。此公共團體之所以爲公法人也。此種學說。唱於葉桌克之儔。而爲多數學者所服膺。誠中肯之論也。

## 第二款 公法人之發生

國家成立之要素。爲國民、領土、國權三者。上卷第二編既論之矣。具此三要素。而國家始成立。然成立之國家。與他國立於國際關係者。必由文明

強國之承認。特其承認。非國家成立之要件。爲對抗他國之要件。適與私法人之登記相似。故曰國家之承認。有認定的效力。無付與的效力也。然公共團體成立之方法。與國家成立之方法不同。且因其種類之異。而成立之方法亦殊。難示以一定之準則也。今分論之如左。

一、團體員 公共團體。必有團體員。無團體員者。非團體。

二、土地 公共團體。人民之外。尙有以土地爲成立之要素者。曰地的團體。例如市町村是也。亦有不以土地爲成立要素者。曰人的團體。例如水利組合是也。

三、命令權 公共團體之有命令權。猶國家之有統治權也。命令權之存在。爲公法人之特質。然國家付與命令權之存在手續。亦因公共團體之種類而殊。述之如左。

(一)任意公共團體 當團體員之構成團體也。純以自由意思設立。絕不受法律之強制。其設立之初。人民無設立之義務。亦無加入之義務。

但一旦具備法律之條件成立者。爲統治機關之一種。行使命令權之權利義務。因之而生。不得任意解散脫退。此種團體。日本未見其例也。

(二)強制公共團體 分爲二種。一曰相對的強制團體。例如日本商業會議所是也。此種團體。法律雖不強制設立。然因關係者多數之發意。國家認可之時。得設立此種團體。多數者得強制少數者。他之少數者。亦生設立或加入之義務。二曰絕對的強制團體。例如市町村府縣是也。此種團體。國家採積極政策。以法律強制設立。不問其意思如何。使關係者當然爲團體員。公共團體中之重要者。本此方法而設立也。

### 第三款 公法人之能力

國家者。統治權之主體也。統治權者。公權中之最著者也。以故國家之於公權。有權利能力。無俟贅言。國家既爲公權之主體矣。又得爲私權之主體。所謂國庫 *Treasuries* 者。私權主體之國家也。蓋在警察國時代。國家僅爲權力之主體。不得爲私權之主體。其必爲私權之主體者。以國庫名之。國庫

者。國家以外之別有人格者。迄於近世。國家之觀念不同。國家亦得爲私權之主體。國庫亦非立於國家以外之人格者。且國庫不問公私權。皆爲財產權之主體焉。

國家既有權利能力矣。因之而有行爲能力。關於公權之行爲能力。國家於公法上之行爲。所謂統治行爲是也。關於私權之行爲能力。國家於私法上之行爲。例如國家與私人結供給契約。又如募集公債是也。論者或謂國家無自然之意思。無自然之手足。以自然人爲機關。使之爲公法上私法上之行爲。是安得謂國家有行爲能力乎。不知機關之意思。即爲國家之意思。機關之行爲。即爲國家之行爲。機關與代理人不同。非於國家以外而有獨立人格。以故爲國家機關。自然人之意思。自法律上觀之。不爲自然人之意思。而爲國家之意思。國家有國家意思之行爲。則其有行爲能力。自然之理也。彼謂國家無行爲能力者。蓋由法人擬制說而來。非陳腐之謬論而何。

公共團體亦爲公法人。於目的之範圍內。有權利。負義務。當其行使命令權。有公法上之行爲能力。當其爲私權之主體。有私法上之行爲能力。其行爲與國家同。假機關行之。機關之行爲。即爲團體之行爲。故曰公共團體。亦有行爲能力也。

#### 第四款 公法人之消滅

國家成立之要素。又爲存續之要件。故國家成立之要素中。若缺其一。或缺二三。則國家即時消滅。例如國家因天災地變戰爭。喪失國民全體。則國家自不能獨存。又或國土之全部滅亡。則國家無所憑藉。自歸消滅。又或國權滅失。國家自然解體。又或合併於他國。併吞於強隣。則國家亦失其獨立。凡斯數者。皆爲消滅之端。惟國土之一部。割讓於他國。仍不失其爲國家。於國權亦無所損。僅國權所行之境域。縮小其範圍耳。領土之割讓。非國權之讓與。猶版圖之大小。於國權之內容無增減也。

團體員爲公共團體之要素。故團體員全部喪失之時。公共團體。亦當然

歸於消滅。公共團體中。以土地爲成立之要素者。其土地消滅。則公共團體。亦歸消滅。其土地與他團體合併。則亦失其獨立。強制公共團體。固不待論。任意公共團體。既成立者。其消滅之時。通例必從法律。如府縣。如市町村。其最著者也。

### 第三節 私法人

#### 第一款 私法人之觀念

私法人者。謂營公益及營私利事業。而無命令權之法人也。其以公益爲目的者。例如祭祀、宗教、慈善、學術、技藝之法人是也。其以營利爲目的者。例如民事、商事、諸會社是也。法人公私之區別。非因目的之公私而分。於此可見。所謂私法人者。以其非國家機關。不參與國家之統治行爲。故不得行使命令權。其對於團體之權利。亦不得曰命令權。但命令權以外之公權。例如選舉權、訴權。私法人仍得享有之也。

#### 第二款 私法人之類別

私法人因觀察方面之異。而種別亦殊。述之如左。

(二) 社團法人、財團法人

(一) 社團法人 二人以上集合之團體。以共同事業爲目的者。曰社團。社團從法律之規定。得有人格者。曰社團法人。組織之各團體員。曰社員。社團法人又分爲二。一曰公益法人。一曰營利法人。

(二) 財團法人 以財產之集合體。供一定之目的者。曰財團法人。其特定之財產。既爲權利之目的。又爲權利之主體。例如寄附金錢。設立學校。建設病院。其所設立之學校病院。即爲財團法人。以故財團法人。僅有公益法人。而無營利法人。

(二) 公益法人、營利法人

(一) 公益法人 公益法人者。謂關於祭祀、宗教、慈善、學術、技藝、等類之法人。不以營利爲目的者也。以廣義言之。公益法人者。非以財產上之行爲。爲直接之目的。例如敦厚親睦。討論政治。其所集合之社團。無不

爲公益法人。雖然公益法人固不以財產上之行爲爲直接之目的。然當其欲達此目的時。雖爲財產上之行爲。亦不失爲公益法人。公益法人中有爲社團法人者。有爲財團法人者。

(二)營利法人 營利法人者。謂以營利爲目的之法人也。營利云者。謂營經濟金錢之利益也。學者或以廣義解釋營利法人。謂非以收益爲目的。僅以財產事業爲目的者。爲營利法人。使從後說。則如同業組合之法人。收買貨物。以原價販賣於同業者。皆得謂爲營利法人。此際法人雖無收益。而社員則殊獲利。故從前說。亦得謂之曰營利法人。營利法人。僅有社團法人。而無財團法人。營利法人之種類有二。一曰民事會社。一曰商事會社。會社別於次節釋之。茲不贅。

### (三)內國法人、外國法人

內國法人與外國法人區別之標準。學說實際。二者各殊。或採社員之國籍爲標準。謂由內國人所成之法人。曰內國法人。由外國人所成之

法人。曰外國法人。雖然。此說誠辯矣。設由內外國人所成之法人。又或爲財團法人。將何以爲區別之標準乎。或採契約地爲標準。謂法人設立之契約在內國者。曰內國法人。在外國者。曰外國法人。雖然。法人之設立。不特不因契約。且以契約地爲標準。而區別內外法人。大與實際之事情相背馳也。近世諸國之法制。採法人住所所在地。爲內外法人區別之標準。法人住所所在地在內國者。曰內國法人。在外國者。曰外國法人。法人之住所。即爲法人事業之中心點。亦即法人重要之事務所。故以法人之住所。爲內外法人區別之標準也。日本國法。亦採此主義。蓋以其能適於實際之事情也。

### 第三款 私法人之發生

私法人亦有獨立人格。爲權利義務之主體。當其設立之始。權利迷於歸屬。義務苦無負擔。是以國家關於私法人之設立。必設詳細法規。職是故也。其設立手續。因法人之種類而有異同。今從內外法人之區別。示設立

手續異同之概要如左。

一、內國法人之設立

(一)營利法人之設立 營利法人。有民事會社、商事會社、二種。商事會社之設立。商法詳細規定。民事會社之設立。其手續與商事會社同。(法

三五)

(二)公益法人之設立 公益法人之設立手續。因法制而異。今舉日本民法大要如左。

(甲)法律之規定 凡公益法人之設立。皆從法律之規定。若使私人任意爲之。殊有危險之虞也。

(乙)定款之作成 公益法人中。社團法人之設立。必作成定款。定款者。法人之憲法也。詳言之。本法律之規定。確定爲法人基礎之重要事項者也。定款之作成。雖可爲契約。然實爲規約而非契約也。

(丙)寄附行爲之作成 財團法人之設立。必有寄附行爲。猶社團法人

之設立之必作成定款也。寄附行爲者。爲財團法人設立之目的。以一定之財產。爲無償處分之單獨行爲也。既爲單獨行爲。故與贈與（贈與爲契約之一種）不同。既爲社團法人設立之目的。故與俗所謂寄附亦殊異也。

（丁）主務官廳之許可 無論社團財團。凡法人之設立。必以定款或寄附行爲之書面。提出於主務官廳。求其許可。主務官廳。審查事實及情況。決定設立之可否。既經許可。法人始告成立也。抑又有言者。法人之設立。古來有三主義。一曰特許主義。特許主義。又分爲二。曰法律特許主義。曰政府特許主義。法律特許主義者。每設立一法人。必制定特別法是也。政府特許主義者。經元首或行政官廳之特許者是也。二曰準則主義。凡法人之設立。法律示以一定之準則。依據此準則。成立之團體。得有法人之人格。三曰自由主義。謂法人之設立。全任個人之自由。僅稟報於官廳而已。要而論之。特許主義。不適於今日之時勢。自由主

義。易流於散漫。惟準則主義。能調和兩端而得其平。然亦不能謂絕無弊害。日本民法。凡公益法人之設立。依據法律之準則。求主務官廳之許可。蓋折衷準則主義。特許主義二者而兼用之也。

(戊)登記 法人設立之後。於一定之期間內。各就事務所所在地。登記一定之事項。但其登記。非爲法人設立之條件。爲因主務官廳之許可。法人設立之告成。與第三者對抗之條件耳。

二、外國法人之設立 外國法人。在其本國有事務所者。其設立之時。從其本國之法律。固不待論。若在他國。認外國法人之存在與否。屬他國之自由。現今多數之法制。本國內不認外國公益法人。及民事會社之存在。率爲通例。其特別認之者。爲例外也。蓋於外國公法人中。認外國之國家爲法人。爲文明國之常例。使無此例。則外交及國際法上之權。將無所歸屬。又於本國內認外國行政區劃爲法人。與認外國國家爲法人者。其理相同。不特此也。今者大地交通。商業日盛。外國商會社。亦認有法人之

人格時勢所趨。誠有所不得已也。惟夫外國公益法人。及民事會社。其性質大異。有不能不嚴爲區別耳。外國法人置事務所於日本者。必須登記。其登記以前。他人不認其成立。登記以後。乃可與第三者對抗也。

#### 第四款 私法人之能力

私法人之能力。亦從內外法人之區別。釋之如左。

#### 一、內國法人之能力

就營利法人而論。商事會社。民事會社之能力。皆從商法所規定。於次節釋之。茲專論公益法人之能力。公益法人者。非公法人而私法人。以故無命令權。惟公權中之訴權。選舉權。私權中之物權。債權等類之財產權。皆得享有。既享有之權利。無論公權私權。皆有行爲能力。其權利義務。從法律所認定。且限於定款及寄附行爲所定目的之範圍內。至若身分權。則無論法人之種類如何。其性質上不得享有之也。私法人無論社團財團。必有一人或數人之理事。代表法人。行法人之事務。爲常設之機關。社團

法人必有總會。以定款委任理事及他役員之外。以其決議。行法人之事務。理事總會之外。有監事。監督法人之事務。私法人因理事總會諸機關。而有意思。有行爲。諸機關之意思行爲。即法人之意思行爲也。私法人既有權利能力。行爲能力矣。則其不法行爲。亦認爲法人之能力。法人機關之理事及代理人。行其職務。加他人以損害者。法人任賠償之責。爲近世立法例所公認也。

## 二、外國法人之能力

一國之中。認外國法人之存在與否。屬其國之自由。既論之矣。然既認其存在。而付與如何之能力與否。亦屬其國之自由也。若既認外國法人之存在。而不定其能力如何。則必疑義叢生。日本民法。解決此問題。凡在日本認許成立之外國法人。與日本成立之法人。有同一之權利。例如在日本之外國株式會社。與日本之株式會社。有同一之私權。惟外國人不得享有之權利。及因法律條約有特別規定者。不在此限也。

第五款 私法人之消滅

私法人因解散而消滅。猶自然人因死亡而消滅也。私法人中公益法人之解散者如左。(民法六八)

一、法人設立之際。以定款或寄附行為。若一定事由發生之時。豫定法人解散。他日豫期事由發生。則法人解散。爲當然之事也。

二、法人爲達一定之目的而設立。若既達其目的。則法人可解散。又或不能達目的之時。法人亦無須繼續者。此際亦可解散。

三、法人無論社團財團。無論公益法人與營利法人。皆不可不有財產。蓋財產者。法人動作之基礎也。若法人破產。即不能遂行其目的。故亦爲解散事由之一端。但法人之破產。與社員之破產。不可混同。社員之破產。與法人之解散無涉也。

四、法人爲目的以外之事業。或違背設立許可之條件。汎言之曰。凡有害公益之行為。主務官廳。得取消其許可。既經取消。則法人亦當然解散。

蓋爲公益之法人。而反害及公益。若使其存續。其爲害豈有已乎。

五、組織社團法人之社員。希冀解散之時。因總會之決議。可得解散。

六、無社員。則社團法人自不能設立。既設立之後。若社員缺亡。則社團法人解散。蓋無社員。則社團法人自不能獨存也。

法人既因一定事由之發生而解散矣。既經解散。其經營事業之能力。固歸消滅。然善後事宜。尤不能不爲之整理。以故債權之請求。債務之還償。宜一一有以處置之。若尙有殘餘財產。則必交付於相當歸屬之權利者。此等善後始末。名曰清算。其始末行爲。曰清算行爲。當其清算也。必選任清算人。受裁判所之監督。於清算目的之範圍內。至結清之日。尙得目法人爲存續也。

#### 第四節 會社

##### 第一款 會社之性質

會社者。謂私法人中。以營利爲目的之社團法人也。其要件有三。一曰以

營利爲目的。二曰社團。三曰法人。其種類又分爲二。一曰民事會社。二曰商事會社。民事會社者。謂以營利爲目的之社團法人。而不以商行爲爲業者也。質言之曰。非商事會社之營利法人。例如移民會社、鑛業會社、是也。其性質大與商事會社相類似。故適用之法規。概準用商事會社商法之規定。故釋明商事會社之規定。則民事會社之規定。亦自不煩言而解矣。商事會社者。謂以營利爲目的之社團法人。而以商行爲爲業者也。於私法人中。最爲重要。故通常所謂會社。指商事會社而言。今分析釋明其性質如左。

一、商事會社者。社團也。商事會社者。謂二人以上共同計算。以經營商行爲爲目的之社團也。其組織之社員。在株式會社。則株主實爲會社之基礎。無社員。無株主。則會社不能成立。社員株主。咸投母本。經營商業。分配利益。故曰共同計算。但財團法人。非以營利爲目的。決不得爲會社也。

二、商事會社者。法人也。日本商法。非法人不能爲商事會社。凡爲會社。皆爲法人。然論者謂合名會社之社員。負無限之責任。會社之義務。即爲社員之義務。會社無獨立之人格。不得認爲法人。僅爲團體之一種。立法例如是。誠有所見而然。雖然。合名會社之義務。即爲社員之義務。特在表面爲然。蓋合名會社之使社員負無限責任者。爲對於債權者。鞏固會社之信用。使知社員之財產以外。別有會社財產之獨立。爲會社債權者之共同擔保而已。且合名會社。亦有特別之商號及住所。以會社之名。可與他人結契約。可與他人爲訴訟行爲。其爲法人。昭然若揭。以故日本商法。凡商事會社。皆名之曰法人。誠適於事宜者。彼謂合名會社非法人者。豈確論乎。

三、商事會社。必以已名爲商行爲。其具備之條件如左。

(一)爲商行爲者。商行爲者。謂商業上之法律行爲也。爲商行爲者曰商事會社。此商法所規定也。

(二)以商行爲爲業者。商事會社。必有以商行爲爲營業之事實。雖一次營業。亦爲商行爲。然亦惟限於營業者。始得爲商行爲。

(三)以已名爲商行爲。商事會社。須以會社之商號。獨立而爲商行爲。商號者。保護商人之信用與利益。特使商人專用於商業上之名稱也。例如某號、某行、某店、是也。日本商法。凡會社商號之名稱。各從其種類。例如某合名會社、某合資會社、某株式會社、某株式合資會社是也。其有非會社。而商號中用會社之名稱者。不可也。

四、商事會社者。商人也。用已之名義。以商行爲爲業者。曰商人。故商事會社爲商人。商人有個人商。有會社。通俗所謂商人。指個人商而言。若以法律論。商事會社亦爲商人。蓋直接爲權利義務之主體也。若勞力資本。假手他人。又或使用他人。又或由他人貸借資本。經營商業者。雖得謂之曰商人。然如資本主。如勞動家。乃世俗之所謂商人。非法律之所謂商人也。

商事會社。既爲商人。故商號之外。尙有商業登記、商業帳簿諸規定。皆與個人商相同。今述之如左。

(一)商業登記 商業登記者。謂從商法所規定。登錄應登記事項於商業登記簿。例如登記商號、及支配人之選任解任、會社之設立、是也。此種登記。因當事者之請求。於營業所所在地之區裁判所爲之。其應登記之事項。若未登記及公告者。不得與善意之第三者相對抗也。

(二)商業帳簿 商業帳簿者。商人記載營業各種事項於一定之帳簿也。其種類如左。

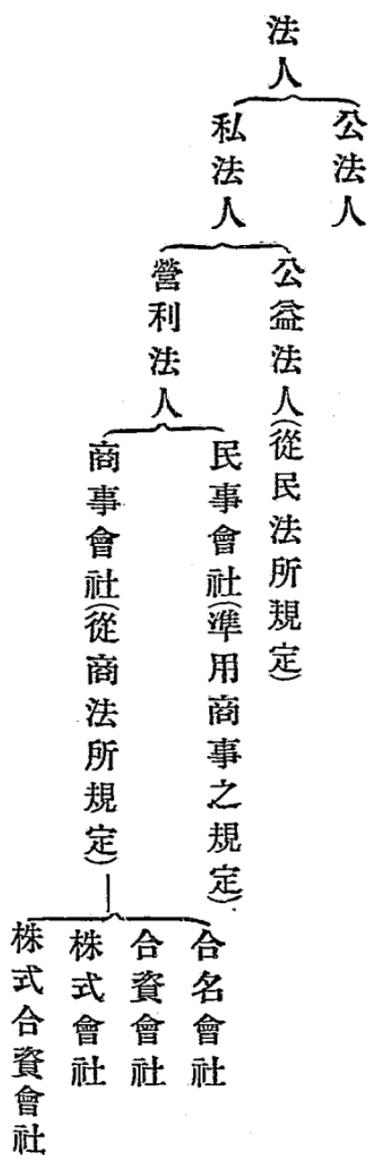
(甲)日記簿 日記簿者。記載每日交易及關於財產事項之帳簿也。其記載以整飭明瞭爲宗。(二商法五)

(乙)財產目錄 財產目錄者。商人所有之動產、不動產、債權、債務、及其他財產之總目錄也。(二商法六)

(丙)貸借對照表 商人之財產中。有貸者。有借者。貸者。積極財產(即權

利之總稱也。借者。消極財產(即義務)之總稱也。其作貸借對照表之意。在使商人之財產狀況。一目瞭然。凡商人開業之時。會社設立之時。及每年一次一定之時期。必作財產目錄與貸借對照表。又如每年分配利益二次以上之會社。每分配之日。亦必作貸借對照表。記載於特定之帳簿。以便觀覽焉。

會社之性質。既論之矣。今舉法律上所占之位置如左。



第二款 會社之種類

日本民法。凡民事會社。皆準用商事會社之規定。既論之矣。故釋會社之種類。僅釋商事會社之種類。則民事會社之種類。自可類推而得。商事會社之種類。諸國立法例各殊。如株式合資會社。有認之者。有不認之者。如合名會社。如合資會社。其性質組織。亦因法制而有異同。日本商法。商事會社。區爲四種。述之如左。

一、合名會社 合名會社者。社員爲無限責任之會社也。無限責任者。謂會社之債務。達於巨額。僅以會社之財產。不足償還債務之時。社員於已出資本外。尙必以已之財產。償還債務也。若社員之責任。僅以出資爲限者。曰有限責任。有限責任者。無論會社之債務。達於如何巨額。於已出資本外。無再以已之財產。償還債務之義務也。故社員爲無限責任者。其所負之責任大。蓋欲以鞏固會社之信用。自甘居於不利之地。是則合名會社所以設立之意也。

二、合資會社 合資會社者。無限責任社員。與有限責任社員。組織之會

社也。與合名會社之僅以無限責任社員組織者不同。合資會社之設立。企業者自負無限責任。而又募集若干之資本主。使投母本。經營事業。其所募集之資本主。通常爲有限責任社員。要而論之。合資會社。必有二種社員。有限責任社員與無限責任社員。無限責任社員。盡其所<sub>有</sub>之財產。負擔會社之債務。有限責任社員。僅以已出之資本爲限。償還債務之責。此外非所過問也。例如有有限責任社員。以出資千圓爲限者。無論會社事業。如何失敗。債務如何重大。其出資千圓之外。無償還之義務也。合資會社之必募集有限責任社員者。以合同資本爲目的。故其出資以金錢及他財產爲限。不得以信用及勞力爲資本也。

三、株式會社 株式會社者。謂會社之資本。由株式(即股票)募集。社員(即株主)股東)以株式之金額爲限而負擔責任者也。今分析釋之如左。

(一)株式會社爲有限責任社員所組織 株式會社各社員(即株主)以株式之金額爲限。例如某株主負擔百圓株十株。無論會社之債務如

何。於出資千圓以外。別無償還之義務也。(四商法一)

(二)株式會社之資本。由株式募集。株式會社之資本。分爲若干之株式。社員負擔一株或數株。故社員曰株主。會社曰株式會社。例如設立十萬圓資本之株式會社。即作百圓株式千株。各株主得負擔一株或數株。其負擔之株式。得移轉於他人。可輾轉爲買賣之目的物。(四商法一)

(三)各株式之金額相等。株式金額。不可歧異。例如同一株式會社。某株爲百圓。某株爲百五十圓。在所必禁。又一株之金額。不得在五十圓以下。但一時交納株金之全額者。得以二十圓爲限。(四商法一)

(四)株式以株券爲表證。表證株式。記載一定之事項於書面。曰株券。凡會社之商號。資本之總額。一株之金額。及他關於株主權利之事項。皆一一記載於株券是也。(四商法一)株主之氏名。有記載者。有不記載者。記載者曰記名式株券。不記載者曰無記名式株券。

株券非於株式會社本店所在地登記既終之後。不得發行。(四商法一)無

記名式株券。非株主交納券面金額之後。不得發行。(五商法一)無記名式株券。爲無記名債券之一種。持有株券者。即得目爲株主。故交付證券。即爲株式之移轉。得與第三者相對抗。若記名式株券之移轉。則必記載讓受人之姓名、住所、於株主名簿。且記載其姓名於株券。始得與第三者相對抗也。(五商法一)

四、株式合資會社 株式合資會社者。無限責任社員及株主組織之會社也。此會社有二種社員。一曰無限責任社員。一曰株主。無限責任社員。對於會社之債務。以己之私財。任賠償之責。株式合資會社與株式會社。會社之資本。皆以株式募集。社員負擔一株或數株。故社員曰株主。株主必以財產爲資本。不得以信用、勞力、爲資本。無限責任社員。雖亦負擔株式。然得以信用、勞力爲資本也。要而論之。株式合資會社。以株式募集資本。固與株式會社相類似。然其有無限責任社員。則爲二者歧異之點。又其由無限責任社員與有限責任社員組織而成。與合

資會社相酷似。然其資本由於株式。則又二者各殊也。學者解株式合資會社之性質。或謂爲分配資本於株式之合資會社。或謂爲加入無限責任社員之株式會社。然不若謂爲一種特殊制度之爲當也。

### 第三款 會社之發生

會社之設立。諸國之法制各殊。今本日本國法釋明之。民事會社之設立。與商事會社之設立同。既論之矣。故今據日本商法之規定。論商事會社之設立如左。

一、法律之規定 會社亦爲法人之一種。故其設立。亦必從法律之規定。  
(民法三三)

二、定款之作成 會社之設立。以作成定款爲要件。然法律記載定款之事項。因會社之種類而殊。今各從其種類。釋定款作成之順序如左。

(一)合名會社 合名會社。作成定款。即告成立。當其作成定款之先。其準備之行爲如下。(甲)會社之目的事業。(乙)會社名稱之商號。(丙)社員之

範圍。(丁)本店支店之地。(戊)各社員出資之種類、價格、及評價之標準。凡以上諸事項。談論評議。合意成就。記載於書面。各社員署名。即爲定款。

(二)合資會社。合資會社。亦與合名會社同。定款作成。即告成立。不須主務官廳之許可也。其定款作成之準備行爲。亦與合名會社設立之時無異。

(三)株式會社。株式會社之設立。先必有七人以上之發起人。協議各事件。(甲)會社之目的事業。(乙)商號。(丙)資本之總額。(丁)一株之金額。(戊)取締役代表會社之經理人。應有株式之數。(己)本店支店設置之地。(庚)公告之方法。以上諸事項。協議既定。一一記載。發起人署名。即爲定款作成。但株式會社。不能謂定款作成。即告成立。必俟株式引受募集。與創立總會之終結。始告成立也。

(四)株式合資會社。株式合資會社之設立。亦與株式會社相類似。由無限責任社員爲發起人。作成定款。然其成立。則必俟株主之募集。與

創立總會之終結也。

三、株式總數之負擔 株式會社。其發起人負擔株式總數。無庸募集株主。則會社即時成立。用此種方法設立之株式會社。曰同時設立。然發起人至會社成立後。轉移株式於他人。無不可者。(商法一)

四、創立總會之終結 當株式會社之設立。發起人不能負擔株式總數時。必募集株主。(商法二)欲爲株主者。具株式申告證二通。記載負擔若干株。署名於上。是爲株式引受之申告。(商法六)發起人對於株式總數之引受人。使每株各爲第一次之交納。其交納之時。招集創立總會。(商法三)會集株式引受人。調查評議會社創立之事項。決議定款之變更及會社設立之與否。若決議廢止。則會社即不成立。否則會社以創立總會之終結爲成立也。此種方法曰遞次設立之方法。株式合資會社之設立。多用此法。無用同時設立之法也。(商法一三九)及二三六

五、無庸主務官廳之許可 會社各因其種類。或由定款之作成。或由株

式總數之負擔。至創立總會之終結。始告成立者。皆無須主務官廳之許可。此與民法上公益法人不同。蓋日本商法關於會社之設立。純採準則主義也。

六、設立登記。會社設立之時。必於一定之期間內。於本店及支店所在地。登記其設立。非登記之後。不得與第三者相對抗。即登記以前。第三者得謂其會社爲未設立也。且會社於本店所在地。非登記之後。不得開業。既登記之後。株式引受人。雖爲詐欺強迫之申告。亦不得取消之也。(商法四五、四六、一四二)

#### 第四款 會社之能力

法人於其目的之範圍內。有權利。負義務。會社亦爲法人之一種。故其能力亦同。至若如何會社。有如何目的。爲如何權利義務之主體。皆必從法律與定款所定也。會社爲公權之主體者。頗不多見。與私法人相同。僅有訴權及某種選舉權而已。會社於私權中。無身分權。惟爲財產權之主體。

無他。財產者。會社之基礎。會社之有財產。猶國家之有領土。故法律關於會社之財產資本。凡出資減少。資本增加。社債募集。皆設種種之規定。蓋以財產之消長。資本之增減。其影響於會社之社員。株主。債權者甚大也。會社既有某種類之公權及私權。故可爲其目的範圍內之法律行爲。而有行爲能力。會社之行爲。皆藉機關行之。故其機關之行爲。即爲會社之行爲。然其機關。亦因種類而殊。今分論之如左。

一、合名會社 定款上無特別規定時。合名會社各社員。即執行會社之業務。代表會社。對於第三者。當法律行爲之任。(商法五六及六六一)然往往有業務執行社員。會社代表社員。而無取締役。及監查役。又社員之總會。在合名會社。則不曰社員之總會。而曰總社員之同意。或曰總社員之一致。(商法五八及六九)

二、合資會社 合資會社。僅無限責任社員。當執行業務代表會社之任。有限責任社員。不得直接參與。僅得檢查監督會社之業務。及財產之

狀況耳。(商法一〇九、一四、一五)合資會社與株式會社相較。合資會社之無限責任社員。即株式會社之取締役。合資會社之有限責任社員。即株式會社之監查役。合資會社各社員之同意。即株式會社之株主總會也。

三、株式會社 具備之機關有三。述之如左。

(一)取締役 取締役當執行業務及代表會社之任。爲會社常設之機關。會社經營之事業。皆在取締役之掌握。故爲最重要之地。其員數爲三人以上。於株主總會時。由株主選任之。任期爲三年以下。其賢能者雖膺再選可也。(商法一七九、一六四)

(二)監查役 監查役調查會社之業務。及財產之狀況。招集株主總會。調查取締役提出於總會之書類。附以意見。有監督會社事業之任務。會社對於取締役。提起訴訟時。監查役代表會社。其員數不設定額。於總會時。由株主中選任。任期一年。得再選。(商法一八九)

(三)株主總會 株主總會。爲株主全體蒞會。議決會社重要事項之機

關。有定時總會。及臨時總會。定時總會者。每年一次。於一定之時期。取締役招集之。調查提出書類。及監查役之報告書。且議決利益。及利息之分配。臨時總會者。臨時必需聚議之時。取締役。監查役。或資本十分之一以上之株主。招集之。議決定款之變更。及臨時之事項。各株主之蒞總會也。每一株有一分之議決權。十一株以上之株主。其議決之權。以定款限制之。總會之決議。常例爲株主議決權之過半數。惟事關重大。如變更定款者。則從特別鄭重議決之方法耳。(商法一五六)

四、株式合資會社 株式合資會社之無限責任社員。當執行業務及代表會社之任。與株式會社之取締役相若。株主不得干與。僅有監督之方法。與株式會社之監查役相當。別有株主總會。其性質與株式會社之總會稍異。僅爲株主之機關。非會社之機關。蓋無限責任社員。雖得於株主總會。陳述意見。但不得加決議耳。(商法二三五)

#### 第五款 會社之消滅

會社因解散而消滅。據日本商法。述解散之事由如左。(商法七、四、一〇、五)  
一、存立時期之既終。及定款所定事由之發生。例如定款內。定明會社存續至光緒四十五年十二月止。則至光緒四十五年十二月。會社即行解散是也。

二、會社目的事業之成功。或不能成功。如有此類事宜。則會社無庸存續。故即行解散。

三、總社員之同意。若株式會社。則由株主總會之決議。社員及株主。欲解散會社。爲法律所不禁。故即解散。

四、會社之合併。兩會社合併。則甲會社併吞於乙會社。甲會社自然解散。又或兩會社共消滅。更創設第三會社。此時兩會社同歸解散。

五、會社之破產。財產爲會社之生命。故會社破產。自不能不解散。但社員之破產。不能爲會社解散之原因。

六、裁判所之命令。會社不於一定期間內開業。(商法四七)或其行爲有背公

共秩序。善良風俗。(商法)裁判所於一定條件之下。命其解散。

七、合名會社之社員。僅爲一人之時。合資會社無限責任社員之全體。或有限責任社員之全體。退社之時。株式會社之株主。未滿七人之時。

如有以上諸種事宜。會社自然解散。蓋亦各會社之性質使然也。

會社解散時。其爲善後事宜。當清算之任者。曰清算人。清算人追索逋欠。償還債務。若有殘餘財產。分配社員。爲清算人之職務。惟合名會社及合資會社解散之時。會社財產之處分方法。以定款或總社員之同意自由定之。(例如移交他人)不必以清算爲必要條件也。

#### 第四章 權利之客體

##### 第一節 公權之客體

權利之客體。謂爲權利之目的者。普通之解釋也。雖然。就權利客體。或目的而論。言人人殊。普通學說。謂公權私權。其客體之觀念。各有不同。而公權之中。有釋統治權之客體。而無釋國民權之客體者。學者遂不認所謂

國民權。雖然權利之公私。其客體之觀念。何故而殊。又公權之中。何故僅釋統治權之客體。不釋國民權之客體。試舉波倫哈克派之說以明之。波氏學派之說曰。國民對於國家。負義務。無權利。惟受統治權之作用。故不認有國民權。既不認有國民權。故無國民權客體之存在也。然以余觀之。既釋統治權之客體。竟置國民權之客體而不論。誠令人苦不得其解也。關於統治權之客體。學說有三。(一)以領土及國民爲客體。(二)僅以國民爲客體。領土僅爲統治權所及之範圍而已。(三)以領土爲客體。國民對於統治權。爲義務者。日本解釋統治權之客體。採第一說。由是而言。若以權利之客體。解爲權利之目的時。則右舉諸說。皆不得當。何也。先就領土而論。領土之觀念。由與他國家對峙而生。國家於領土關係之領土權。一面爲消極的作用。凡外國之國權。不得存留於本國領土內。以維持國家之獨立自主權。一面爲積極的作用。凡在領土之內。無論人物。皆使服從權力。維持國權。使用處分國土之權。亦在其中。由是觀之。對於外國之關係。領

土亦得謂爲國權之客體。雖然。國家對於外國。僅有國際法上之權。而無統治權。若以領土爲統治權之客體。似稍有不愜之嫌也。學者或謂國家設道路。鑿河川。區劃市町村。及公用徵收。皆爲領土權之作用。然此惟關於一地方之國家行爲。所謂領土權之作用者。國權於其領土內。無所不至也。次就國民而論。國民固宜服從國家之統治權。然由法律上觀之。國家與國民之法律關係。即權利義務之關係。若由義務者之地位。以國民爲統治權之客體。則國民權之客體。不能不謂爲國家。何也。對於國民權。國家不得不立於義務者之地也。果爾。則人格者即爲權利義務之主體。權利義務之主體。即爲人格者。其所以與客體區別之理由。全歸消滅。此余所以於諸家學說。皆不敢服膺者也。

以余觀之。無論統治權與國民權。凡公權之客體。與私權之客體。同爲義務者之積極消極行爲。其行爲之目的在物。以此爲公權之客體。最爲適當。其所謂積極行爲者。得爲某事之謂也。所謂消極行爲者。不爲某事之

謂也。統治權之客體。國民爲積極行爲。例如納租稅服兵役是也。國民爲消極行爲。例如不爲法律所禁之行爲是也。國民權之客體。國家爲積極行爲。對於行爲要求權。應特定人之要求。例如對於訴訟必爲裁判是也。國家爲消極行爲。例如對於參政權自由權。國家無妨害行使之義務是也。行爲之目的在物。如租稅徵收。土地公用徵收。公用物管理。是也。

## 第二節 私權之客體

關於私權之客體。學說有五。(一)以義務者爲客體。(二)以權利之作用爲客體。(三)以義務者之積極消極行爲爲客體。(四)以物爲客體。(五)折衷第三說及第四說。謂私權之客體。爲義務者積極消極行爲。其行爲之直接目的爲物。則物亦爲客體是也。余以後說最爲適當。蓋第一說。權利之主體混同。第二說。權利之作用與目的混同。第三說。指示權利之目的。使權利之體。主客明瞭。是誠善矣。然權利者。爲滿人之欲望而創設。而滿其欲望。非僅恃義務者之積極消極行爲也。必直接以物爲目的。故欲望之滿足。以

得目的之物。爲適切之事實。此余所以從最後之說。而謂與公權之客體無異也。例如親之於子。有居所指定權。其權利之客體。爲子居住於親所指定之地。所謂積極行爲是也。又如親之於子。有懲戒權。其權利之客體。爲子於某期日內。不得外出。所謂消極行爲是也。又如甲者有使乙者爲勞動之債權。其債權之客體。即乙爲勞動之積極行爲。又如甲者與乙者結契約。有使乙者不得於某地爲某種營業之債權。其債權之客體。即乙者不得於某地爲某種營業之消極行爲。凡此諸例。皆私權之客體。存於義務者之積極消極行爲也。然如所有權及各種物權。義務者僅立於不得干涉物之地位。權利者得直接依物滿其欲望者。則物權之目的。不得不爲義務者之消極行爲。與爲行爲目的之物。例如土地所有權之客體。一爲負義務者。即對於權利者。負不可妨害土地之使用、收益、處分之義務者也。世間普通之人。一爲土地是也。又如以交付物爲目的之債權。其債權之客體。在義務者之積極行爲與物。例如買賣契約。賣主債權之

客體。在買主交納物價之積極行爲與金錢。買主債權之客體。在賣主交付物品之積極行爲與物是也。

### 第三節 物

#### 第一款 物之觀念

就物之觀念而論。古來學者各持一說。多以有體物無體物爲區別。有體物者。有形體物之義。無體物者。無形體物之義。諸國立法例中。多見其例。羅馬法謂屬於吾人所有之物爲有體物。所有權以外之財產權。爲無體物。後世學者。遂誤解爲物之自身之區別。至謂一切權利。皆爲無體物。日本舊民法。即實表此觀念於法律中。是其例也。蓋羅馬法以屬於吾人所有之物爲有體物。所有權以外財產權。爲無體物者。謂日常實際。吾人於物之上有所有權者。直得謂之曰所有物。若他之財產權。不過某種關係之權利。不得直謂之曰所有物。例如甲者於乙者土地之上。有通行之地役權。甲者之權利。僅存於通行。乙者土地之關係而已。此羅馬法所以以

屬於吾人所有物爲有體物。所有權以外之財產權。以便宜謂爲無體物也。由是而論。羅馬法所謂有體物無體物者。非物之區別。實財產之區別也。後世立法例中。以權利爲無體物。揆諸理論。實有未宜。日本民法。指物爲有體物。限於不得已之際。有例外者。例如以無記名債權爲動產。(民法八六六項)認準占有。(民法〇五二)認權利質爲物權。(民法六二二)認地上權永小作權爲抵當權之目的。(民法三六九、二項)是也。要而論之。物者。爲有體物。其外界之一部。保位置之存在。供吾人利用獨立之一體也。今分析釋之如左。

一、物者。外界之一部也。無論自然人與法人。既爲人。即非物。人之身體亦非物。現今文明各國。不認奴隸之制。所謂物者。爲人類以外自然界之一部。(即外界)如土地、家屋、木石、禽獸。是也。

二、物者。必有位置之存在。既名曰物。無論固體流體氣體。必占空間之位置。例如水、瓦斯。皆物也。其無位置之存在。例如牛馬之力。電氣之力。皆不得謂爲物也。

三、物者。必供吾人之利用。如日月星辰。爲物理學上之物。非法律上之物。蓋其性質不得供吾人之自由利用也。

四、物者。必有獨立之存在。物爲權利之目的。必保獨立之存在。例如一竿竹、一尾魚、是也。

### 第二款 物之類別

凡物因觀察之異。其類別亦殊。今論之如左。

一、融通物、不融通物 融通物者。可爲日常交易之目的物。例如米麥衣履是也。物之大多數屬之。其得爲私權之客體者。以融通物爲限。不融通物者。不得爲交易目的之物。如公共物。其一種也。公共物者。供人類公共之用。不設特別界限。一私人固無論。即國家亦不得占有。因之而不得爲交易之目的物。例如空氣、流水、光線、是也。然亦有設特別界限。得爲融通物者。例如自河中汲取之水。在壓搾器中之空氣是也。又如公用物。亦爲不融通物之一種。公用物者。供行政上公用之物。如道路、

橋梁、公園是也。但爲公用之目的廢止時，仍得爲融通物也。

二、動產、不動產 動產者，謂不損實質形體，而得遷移位置之物。如燈臺、書厨、筆墨、衣履是也。無記名債權，因證券而表證權利之存在，持有證券之人，即爲權利者。是以日本民法，以無記名債權爲物，而屬於動產也。不動產者，謂不變更實質形體，不能遷移其位置之物。如土地及土地定著物是也。土地爲不動產中最著之物。土地定著之物，無論在地中與在地上，凡密著於土地之物，如家屋及建造物、竹木等類是也。但竹木分離土地之後，不能謂爲不動產也。

三、特定物、不特定物 特定物者，謂特別限定之物。交易上不能以他物替代。例如某家屋某土地是也。以其不能替代，故又曰不替代物。不特定物者，僅定種類數量之物。交易上得以同種同量之物替代。例如米百斛、麥千石是也。以其得以同種同量之物替代，故又曰替代物。

四、消費物、不消費物 消費物者，謂從自然之用法，一次使用，即行消盡

之物。例如飲食物是也。金錢因所有者一次使用。不能再使用之。故亦曰消費物。不消費物者。謂因其用法。得使用數次。僅磨滅少許。而不遽然消盡。如几案筆墨是也。惟破棄焚燬。則即行消滅。是因其用法而殊。未可以一概而論也。

五、主物、從物 主物從物者。謂兩物之關係。非以一物而分主從也。主物者。謂使他物服從於己之物。從物者。謂從屬於主物之物。例如衣服之鈕。房屋之窗是也。從物之性質。(一)必與主物屬同一所有者。(二)必供主物之常用。(三)必附屬主物。(四)必爲主物以外之物。凡從物無反對之特約者。概與主物共同處分。例如賣衣者。其鈕必並售也。

六、元物果實 元物者。對於果實而言。謂產出果實之物。例如生菓物之樹木。生利子之母本是也。果實者。謂由元物產出之物。其種類有二。(一)曰天然果實。謂從物之用法。收取之產出物。例如菓物米穀礦物是也。(二)曰法定果實。謂受他人使用物之報酬。例如房租地租是也。法定果

實。不必以金錢爲限。

七、單一物、組成物、聚合物。單一物者。謂其形體爲獨立一體之物。例如燈硯筆墨是也。組成物者。謂數物相結合成爲一體之物。例如房屋是也。聚合物者。謂多數之單一物。僅爲聚合之全體。非爲物質之結合。例如圖書館家具是也。

## 第五章 權利之動狀

### 第一節 權利之取得

權利必歸屬於特定人。自特定人而言。曰權利之取得。自權利而言。曰權利之發生。與權利之取得相牽連者。有權利創設、權利設定、之文辭。權利之設定者。謂因設定行爲。發生權利。且使有取得權利之事實。例如甲乙二者相約。甲者於其所有地之上。設定地役權。使乙者取得之是也。權利之創設者。雖與權利之設定。時用於同一之意義。然普通用例。概謂法律創設權利者。始曰權利之創設。例如法律創設物權是也。要而論之。法律

以抽象的定權利之種類、性質、效力者。曰權利之創設。人以具體的使權利發生者。曰權利之設定也。

權利取得之方法有二。一曰原始取得。一曰承繼取得。原始取得。又曰絕對的發生。謂不憑藉他人之權利。而有獨立取得權利之事實。例如因具一定之要件。而取得選舉權。因先占而取得所有權。因契約而取得債權。因婚姻而取得親族權是也。承繼取得。又曰相對的發生。謂初爲他人之權利。因繼受而有取得之事實。例如因買賣而取得物之所有權。因債權讓渡而取得債權。因相續取相得財產權是也。承繼取得。若權利主體有變更。則權利離原主體。而歸屬於他主體。故一曰權利之移轉。又曰讓渡。因承繼而取得權利之原因。曰權原。前權利者。曰被承繼人。權利取得者。曰承繼人。自被承繼人而言。曰權利之讓渡。自承繼人而言。曰權利之讓受。又曰承繼。要之曰移轉。曰讓渡。曰承繼。不過由立言及觀察點而異。實則一也。權利承繼。又分爲二。一曰特定承繼。一曰包括承繼。特定承繼者。

謂分別承繼某某權利之事實。例如讓受某時計是也。其承繼人曰特定承繼人。例如物之買主。通常爲特定承繼人是也。包括承繼者。謂被承繼人財產之全部或一部。有一體承繼之事實也。申言之。謂被承繼人所有財產之權利義務。承繼人一體承繼。且由同一權原。取得其權利義務。例如相續人總括被相續人財產之全部或一部。相續承繼。不必特爲區別。此際之承繼人。曰包括承繼人是也。雖然。無論何人。已身以外之權利。不能移轉於他人。故承繼人不問其爲特定。爲包括。不能取得被承繼人未有之權利。或被承繼人權利以外之權利也。蓋承繼人之權利。與被承繼人之權利。性質內容。無不相若。承繼人之權利。不能較被承繼人之權利爲優。被承繼者之權利。有瑕疵。有限制。皆移於承繼者。又承繼人欲主張其權利。必證明被承繼人權利之存在而後可。

權利取得。既有原始取得、承繼取得、二法矣。然皆爲私權取得之區別。若公權之原則。則有原始取得。而無承繼取得。有絕對的發生。而無相對的

發生。蓋公權之性質。無讓渡相續之理。例如自由權。因法律而當然存在。不得與人之存在分離。又如參政權。爲附屬一身之必要條件。故亦不得讓渡。不得相續。惟國家行爲要求權中。有求特許權利之例。得移轉於他人。然此爲特別之法律。不得以常例論也。又私權之中。身分權、人格權之性質。不得謂權利之主體有變更。故亦無承繼取得也。

## 第二節 權利之行使

取得權利者。將欲行使之也。故權利非僅以取得爲目的。謂各人取得權利。達滿足生活利益之目的。而有行動之權能也。權能之發動。是曰權利之行使。權利之行使。有一次者。有數次者。其行使一次者。例如私權中之債權。償還之後。不得再爲行使。又如公權中國家行爲要求權。達其要求。亦不得再爲行使是也。其行使數次者。例如私權中之所有權。所有者得數次使用收益其所有物。又如公權中之參政權。亦得數次行使是也。要之權利行使之方法狀態。因權利之種類而殊。不可以一概而論也。

權利之行使者。權能之謂。非義務之謂。故權利者。行使其權利可也。不行使其權利亦可也。其必須行使者。義務也。非權利也。有權利而不行使。決非違反義務。亦非不法行爲。惟怠惰之權利者。不行使權利之時。往往有失權利。例如因消滅時效而失權利是也。然就公權而論。義務常隨之而生。有一面爲公權。一面爲公義務者。此際之權利者。由義務之一面而言。必履行義務者之義務。然不得謂爲行使權利之義務也。又公權者。非必與義務並存者也。例如參政權。參與國家機關組織之權利。又爲國家機關活動之權利。在法律之精神。創設此種公權。以行使爲義務。然如自由權。如國家行爲要求權之公權。則又不必以行使爲義務也。

權利必權利者之自行行使。然亦有使他人行使之者。其許代理行使與否。因權利之種類而殊。例如公權中之參政權。不許代理行使。蓋參政權。一面爲權利。一面爲義務。且行使者。必具一定之資格條件。故不能使他人行使也。又如自由權。其性質亦不許代理行使。惟國家行爲要求權。權利

者得使他人代爲行使。或使他人行使之。例如行使訴權。行使特許請求權。是也。私權中之人格權。身分權。其性質亦不許代理行使。如親權。夫權。是也。若財產權。則代理行使。率爲通例。要之公權之中。許代理行使者少。私權中。許代理行使者多也。

權利行使之時。有爲他人之利益者。不行使之時。有爲他人之損害者。然不因損害他人之故。權利者遂有行使權利之義務。例如債權者甲。對於已之債務者乙。不行使權利之時。債權者甲之債權者丙。雖大受損害。然債權者甲。對於已之債務者乙。無行使債權之義務。僅債權者丙。得代甲行使屬於甲之債權耳。又行使權利之時。對於他人之權利。雖偶有損失。然他人亦不能禁其行使。例如土地所有者。於所有地建築廣廈。鄰地之家屋所有者。非有不可遮蔽光線之地役權。不能禁其建築也。又一人之權利行使。與他人之權利行使。有相衝突者。若一方之權利。優先於他方之權利。或強勝他方之權利。或限制他方之權利。是皆爲利益之背馳。而

非權利之衝突也。其行使之衝突者。謂雙方之權利。法律上有同等之力者。此際或因權利之比例而行使。或因抽籤而決定。或因事實而先行使也。其實上先行使權利。滿足己身利益之行爲。曰緊急行爲。蓋緊急不得已之際。法律不加責任。不附裁制。不謂爲不法行爲。然亦非法律之積極保護行爲。惟爲法律所放任。故一曰放任行爲。

### 第三節 權利之變更

權利之變更更有二。一曰主觀變更。一曰客觀變更。主觀變更者。謂權利主體之變更。即權利主體之代謝。增減是也。主體之代謝者。謂新主體代舊主體。移轉其權利是也。主體之增減者。謂一人所有之權利。歸屬於數人。或數人共有之權利。歸屬於一人是也。客觀變更者。謂權利實質之變更。即權利之數量、內容、形式、變更也。數量之變更者。謂權利之範圍有增減。例如土地添附。則所有權之範圍增加。債權之一部償還。則債權之範圍縮小是也。內容之變更者。或因權利之種類有更易。或因新權利之發生。

例如所有權被侵害。生損害要償權。債權之不履行。生強制履行請求權。是也。形式之變更者。或以條件附之權利。（條件附者猶言附隨條件也）爲無條件。或以無條件之權利爲條件附。或以期限附之權利爲無期限。或以無期限之權利爲期限附是也。然公權之中。除國家行爲要求權外。不生權利之變更。而國家行爲要求權。亦不生客觀變更也。

#### 第四節 權利之喪失

權利之喪失者。謂特定之權利。由原來之主體脫離也。其種類有二。一曰絕對喪失。一曰相對喪失。絕對喪失者。權利絕對消滅。無論何人。不得取得其權利。通常所謂權利之消滅者是也。蓋自原來之主體而言。曰權利之喪失。自權利而言。曰權利之消滅。例如因破壞、滅失、遺棄。而所有權消滅。因償還而債權消滅是也。相對喪失者。謂原來之權利者。雖喪失其權利。然其權利更移轉於他人。前者爲權利之喪失。後者爲權利之取得。自權利而言。曰權利之移轉。又曰權利主體之變更。例如所有權、債權、之讓

渡是也。然公權之取得。有原始取得。而無承繼取得。故公權喪失之原則。有絕對喪失。而無相對喪失。然國家行爲要求權中。如求特許之權利。得以移轉。亦可爲相對喪失。不知此爲特別法。不可以常例論也。私權喪失之原則。絕對喪失。相對喪失。二者皆有。惟身分權、人格權。其性質上無承繼取得。故亦無相對喪失也。

## 第六章 權利之動因

### 第一節 權利動因之觀念

權利之有得喪變更也。必有一定之原因。必因一定之事實而發生。其發生之動狀。是謂權利之動因。學者通例。謂此動因曰法律事實。因此事實所生之權利得喪變更。曰法律之效果。由此效果以觀察權利之動因。區分三種。一曰得權事實。即權利取得原因之法律事實。二曰變權事實。即權利變更原因之法律事實。三曰喪權事實。即權利喪失原因之法律事實。然各種事實。非各爲區別。有同一之事實。或爲權利得喪之原因。或爲

權利變更之原因。若據此分類。以釋權利之動因。不免彼此錯雜。甲乙糾紛。是以學者更由法律事實之內容觀察。區分爲二。一曰人之行爲。一曰非人之行爲之法律事實。謂自然或偶然之事變。非人類行爲之法律事實。例如之人出生死亡。物之發生滅失是也。據此以釋動因。爲普通之學說。蓋生權利得喪變更事實之大部分。皆爲人之行爲。而人之行爲。亦有不生權利得喪變更者。例如眠食。如欠伸。如運動。如游眺。凡如此類之行爲。皆不生法律之效果。不生法律之效果。故不爲權利之動因。學者概以生法律效果之行爲。謂爲法律行爲。以與不生法律效果之行爲相區別。法律行爲又分爲二。一曰適法行爲。即法律容許之行爲。二曰不適法行爲。即法律不容許之行爲。不適法行爲所生法律之效果。概由權利之侵害而生。故別於權利侵害章論之。而茲所釋明者。爲權利之動因。通常所謂權利之動因者。爲人之行爲。且限於適法行爲。

雖然。同爲適法行爲。有行爲者欲生法律效果之行爲。有不問欲生效果

與否。而因其行爲。當然生法律效果者。例如契約。爲締結者。欲生法律效果之行爲。又如埋藏物之發見者。於某地取得埋藏物所有權。姑無論發見者非欲取得所有權而生法律效果也。然法律則以其發見行爲而生效果。學者謂前者曰法律行爲。後者曰類似法律行爲之行爲。通常所謂法律行爲者。以行爲者欲生法律效果之行爲爲限。不能以洩法行爲盡謂爲法律行爲也。日本民法所謂法律行爲。本章之解釋法律行爲。皆仿此例也。歷來學者論公法之法律行爲者。概不多見。惟私法既有法律行爲。爲權利之動因。則公法亦不可無法律行爲。例如行政處分。裁判所之宣告。行政契約。謂爲公法之法律行爲可也。公權之動因。於次編釋之。茲所論者。私法之法律行爲耳。

余既從普通學說。釋權利動因之大凡。區分爲法律行爲。與非法律行爲之法律事實矣。然法律行爲以外權利之動因。學者不論其爲公權私權。分爲二種。一曰自然之事實。一曰法律之所定。前者曰事件。爲法律事實

之一種。後者不曰法律事實。以法律所定。爲權利之動因。例如人之出生死亡。時之經過。爲權利得喪之動因。固俟法律所定而始然。然以出生死亡。事變時之經過。自然之事實。直接爲權利之動因。或因具備資格與否。而得喪權利。或如學者所謂類似法律行爲之行爲。而得喪權利。是皆爲無理之區別。蓋權利之動因。不問種類之如何。無不一以法律爲本。是故以法律爲權利之動因者。其動因無不爲法律。而法律以權利爲動因者。又無不以事實爲本。故法律行爲以外爲動因之事實。除時之經過外。因權利之種類。而有異同。概括區分。誠不易易。且無實益。故本章論法律行爲以外之動因。僅釋期間時效而止。期間時效。亦專就私法而論。未涉及公法。蓋時之經過。雖爲公權之動因。然如私法於一定規律之下。得爲公權與否。無根據之學說與立法例也。

## 第二節 法律行爲

### 第一款 法律行爲之觀念

法律行爲者。因欲望生法律效果。而爲生效果之意思表示也。今分析釋之如左。

一、法律行爲者。意思表示也。行爲云者。以法律正確之意義而言。爲意思之表現於外部。故謂行爲爲意思表示。例如吾人之讀書作字。皆由先有欲讀書作字之意思。其意思發表於外部。始爲讀書作字之行爲。若僅有欲讀書作字之意思。而尙未讀書作字。不得謂爲吾人之行爲。是以法律行爲。必爲意思表示也。然行爲一語。意義殊多。今舉其重要者如左。

(一)指稱爲可爲之事。不爲不可爲之事。曰行爲。例如借金之期限已至。猶不返還。可謂不正之行爲。然非法學之用語。法學上指不爲不可爲之行爲。曰消極行爲。

(二)指稱無意思之行動曰行爲。例如謂睡眠中之行動。爲睡眠中之行爲是也。

(三)綜合行爲之結果曰行爲。例如余欲銃殺一獸。握銃於手爲一行爲。注目而望爲一行爲。撥機而發爲一行爲。迨彈丸既逸。獸畜命中。則非余之行爲。乃由行爲而生之結果。綜合行爲之結果。爲銃殺之行爲是也。

(四)謂行爲之集合爲一行爲。例如前例。握銃於手之行爲。注目而望之行爲。撥機而發之行爲。彙集數種之行爲。爲一銃殺之行爲是也。

(五)綜合行爲所生法律之效果曰行爲。例如解除買賣之行爲。包含解除之效果是也。

行爲用語。意義繁多。然皆由便宜而生。不可彼此混同也。

二、法律行爲者。生法律效果之意思表示也。意思表示。必生法律之效果。即生權利得喪變更。例如童僕之洗濯。吾人之游眺。雖有意思表示。不生法律之效果。因之不得爲法律行爲。故爲法律行爲之意思表示。必生法律之效果。然亦不問事實上生效果與否。從爲取消之意思表示。

示。亦得謂爲法律行爲也。

三、法律行爲者。欲望生法律效果之意思表示也。意思表示者。非欲望生法律效果之意思表示。不得謂爲法律行爲。不希望生法律之效果者。固不能生法律之效果。縱生效果。亦非由表示意思者之欲望而生。故其意思表示。屬於他種之行爲。非法律行爲也。又法律行爲。其意思表示。不必直接希望生法律之效果。雖間接希望之意思表示。亦得謂爲法律行爲。例如債務履行之催告是也。

四、法律行爲者。因欲望生法律效果。而爲生效果之意思表示也。欲望生法律效果之法律行爲。必生法律之效果。其與不法行爲之法律行爲相異者在此。蓋不法行爲。因損害賠償之義務。生法律效果之意思表示。其效果非因欲望而生。縱令因欲望而生。而其欲望與法律效果損害賠償義務之發生。無關係也。

## 第二款 法律行爲之類別

法律行爲。由各種方面觀察。其類別如左。

一、單獨行爲、雙方行爲、單獨行爲。一曰片面行爲。又曰一方行爲。謂因

一人之意思表示。而成立之法律行爲。例如催告、追認、契約之通知、債務之免除、是也。雙方行爲。一曰契約。謂二人或二人以上之意思表示。

合意成立之法律行爲。例如買賣、租借、是也。贈與必須相手方（相手方即受贈與者也）之承認者。亦爲雙方行爲。

二、有償行爲、無償行爲。有償行爲者。謂甲取得乙之利益。償乙以相當報酬之法律行爲。例如買賣、交換、租借、是也。無償行爲者。僅當事者之一面取得利益。不爲報償之法律行爲。例如贈與、使用、貸借、是也。

三、生前行爲、死後行爲。生前行爲者。謂行爲者於生前生效力之法律行爲。例如買賣、交換、贈與、是也。死後行爲者。謂待行爲者之死亡。始生法律效果之法律行爲。例如遺言、遺贈、是也。

四、管理行爲、處分行爲。管理行爲者。謂不生權利之喪失、移轉。僅以財

產之保存、改良、利用、爲目的之法律行爲也。處分行爲者、生權利移轉、喪失、之法律行爲。例如權利之讓渡、拋棄、是也。

五、要式行爲、無式行爲。要式行爲者、謂意思表示、須特定形式之法律行爲。例如票據是也。無式行爲者、謂意思表示、無須特定形式之法律行爲。當事者任用何種方法、表示意思可也。然法律行爲、以無式行爲爲多。

### 第三款 法律行爲之成立

法律行爲、有效成立之要件有二。一曰普通要件。一曰特別要件。普通要件者、謂一切法律行爲不可缺之要件也。特別要件者、謂特種法律行爲不可缺之要件也。例如買賣契約、之法律行爲、其有效成立者、具備普通要件之外、而目的、代價、二者、尙必當事者雙方意思表示之合意是也。特別要件、因法律行爲之種類而殊。茲所論者、惟普通之要件耳。述普通要件如左。

一、意思表示。意思表示。爲法律行爲之本體。且爲行爲有效成立不可缺之要件也。今分析釋之如左。

(一)意思。爲意志表示者。不能無意思。且不能無意思能力。蓋無意思能力者。無意思。無意思。即不能爲法律行爲也。

(二)表示。意思非表現於外部。不能生法律之效果。故法律行爲之成立。不可無意思表示。而爲意思表示者。必須有爲「表示意思」之意思。例如於睡眠中。表示欲買某物之意思。不能爲法律意思表示之成立也。表示不必明示。因舉動狀況。可推斷而得。是以意思之表示。有明示之表示。與默示之表示也。往時意思表示。必具一定之方式。近世交易頻繁。以簡易迅速爲宗。故其表示。以無要式爲原則。

(三)意思與表示一致。無論因何方法。意思與表示不一致時。其意思表示無效力。爲意思表示之原則。古來關於此事之主義有三。一曰意思主義。意思與表示不一致時。以意思爲重。二曰表示主義。意思與表

示不一致時。以表示爲重。三曰折衷主義。意思與表示不一致時。以原則論。固爲無效。然欲交易之安全。限特別事宜。有定爲例外。謂爲有效者。近世進步之立法例。多採用折衷主義。日本民法亦然。其視爲例外者如左。

(甲)心裏留保 心裏留保者。謂表示意思之時。對於相手方。故意隱秘真意。而爲非真意之表示也。凡如此者。若以其意思表示爲無效。即不能期交易之安全。故法律以其意思表示爲有效。惟相手方知表意者之真意。又得知其真意之時。不必保護相手方。直以意思表示爲無效可也。

(乙)虛僞之意思表示 虛僞之意思表示者。謂與相手方通謀。爲非真意之意思表示也。凡如此者。意思與表示不一致。從普通原則。當然無效。又以其與相手方通謀。故雖無效。而相手方不生不測之損害。例如作某會社取締役之資格。爲株券之虛僞買賣。此種虛僞表示爲無效。

是也。然不得損害不知虛僞善意之第三者。即不知事實之第三者。故虛僞表示之無效。不得與善意之第三者相對抗。爲近世立法例之通則也。

(丙)錯誤 當事者因誤解。而意思與表示不一致時。曰錯誤。羅馬法以來。意思表示錯誤之效力。諸國立法例。各有區別。分爲二種。一曰法律上之錯誤。一曰事實上之錯誤。前者不得解除責任。蓋本不知法律者。不宥恕之格言而來。後者又細別爲法律行爲性質之錯誤。目的之錯誤。身上之錯誤。原因之錯誤。品質之錯誤。數種。各因其事宜。或爲無効。或得取消。多數之立法例。大旨相同。然私法分事實上之錯誤爲數種。細別其效果。實益少而複雜多。是以日本民法。凡關於法律行爲要素之錯誤。其意思表示爲無効。不關於要素之錯誤。其意思表示爲有效。特所謂要素者。學者各從其見解而殊耳。

意思表示之效力。生於當時者爲多。即對話之時。相手方明悉其意思

表示。而效力即生是也。然在遠隔之地。則與此大異。立法例所採之主義。亦各有不同。今分爲四種。(一)曰表示主義。(二)曰發信主義。(三)曰到達主義。(四)曰了知主義。茲舉契約通告之意思表示爲例。如採表示主義。則當通告者作通告書之後。即視爲通告是也。如採發信主義。則當通告者投函之後。即視爲通告是也。如採到達主義。則當通告書到達相手方之時。即視爲通告是也。如採了知主義。則當通告書到達相手方之後。相手方閱覽之時。始視爲通告是也。四者之中。孰爲利便。大爲學者集議之點。日本民法。採到達主義。對於遠隔者之意思表示。以通告書到達相手方之時生效力。(民法九七)惟意思表示之通知。相手方爲未成年者。或禁治產者之時。除對於法定代理人之外。不得與未成年者。禁治產者。相對抗也。

又意思與表示。有時非出於表意者之任意。因他人之不法干涉。而意思與表示不一致者。凡如此者。非表意者之意思有欠缺。由表示有瑕

疵也。生瑕疵之原因。通常爲詐欺及強迫二種。

(甲)詐欺 詐欺者。謂虛示事實。使他人陷於錯誤。而爲某意思表示也。故詐欺者。(一)必關於事實。若陳述意見者。雖爲虛僞。亦非詐欺。(二)必爲虛示。虛示有二。一曰積極的。例如捏造事實。以無爲有是也。一曰消極的。例如隱蔽事實。以有爲無是也。(三)必生錯誤。蓋爲詐欺者。虛示事實之結果。在使相手方陷於錯誤。不生錯誤者。非私法之詐欺。故私法之詐欺。無未遂也。(四)必使爲意思表示。蓋虛示事實。使陷於錯誤。必使爲某意思表示。例如詐欺買主。使購買物品是也。然因相手方之詐欺。爲意思表示之時。可得取消。且當對於他人表示意思。第三者行詐欺之際。相手方知之而利用之之時。亦得取消其意思表示也。然無論何種事宜。因受詐欺而取消意思表示者。不得與善意之第三者相對抗也。

(乙)強迫 強迫者。謂告知害惡。使他人畏怖。而爲某意思表示也。故強迫者。(一)必告知害惡。例如告知將加危害於身體生命是也。不告知將

加害惡。而直加以害惡者。暴行也。非強迫也。又若行使權利。告知將加害惡。與此所謂強迫不同。(二)必使生畏怖。生畏怖者。爲受將加害惡告知之結果。其不生畏怖者。非私法之強迫也。(三)必爲某意思表示。例如因強迫。感畏怖。與物於人是也。

二、爲目的可能之事。且爲適法之事。法律行爲之目的者。指其內容之事項而言。若其事項。非事實上可能之事。或非適法之事者。則其爲目的之法律行爲。不能成立。就其內面而言。若爲法律行爲目的之事項。事實上不能。或不法者。其法律行爲爲無效也。此所謂不能者。指絕對的不能而言。非指相對的不能而言。絕對的不能者。謂事項之性質。終不能發生。例如約定昇天。或購買人世所無之物是也。相對的不能者。謂事項之性質上。雖得發生。然對於特定人。有不能發生者是也。不法云者。謂以有害公共秩序。違反善良風俗事項。爲目的之行爲。因其有害於國家之生存條件。故爲無效。有害公共秩序之法律行爲者。紛更

國民共同生活之條件。例如相約殺人。是也。違反善良風俗之法律行為者。有害社會融和之行為。例如約破貞操。是也。惟與法律不同之意思表示。非不法之法律行為。蓋在聽任法。任當事者之自爲意思表示也。

#### 第四款 代理之法律行為

##### 第一項 代理法律行為之觀念

凡法律行為。皆行為者自爲之。然如未成年者。瘋癲者。法人之爲法律行為。勢不能不假他人之力。又即以通常之人而論。每當交易頻繁。欲以一人躬處鉅細。抑亦力有未逮。若以其不能自爲法律行為。遂不能生法律之效果。不特處事之稽遲。且阻社會之進步。此近世立法例代理制度之所由興也。雖然。法律行為。非不問種類之如何。皆可代理者。例如婚姻。養子。隱居。私生子。認知。等類。關於親族權之法律行為。有不許代理之原則。蓋由性質上使然也。

代理之法律行爲者。謂一人代他人爲意思表示。又代受意思表示。而法律上之效果。使歸於他人也。所謂一人者。代理人是也。所謂他人者。本人是也。今分析釋之如左。

一、代理人代本人爲意思表示。又代受意思表示。代理之法律行爲者。代理人自爲意思表示。又受意思表示。惟其效果歸於本人耳。學者或謂代理之意思表示。亦本人爲之。使從此說。是與單純之使者無以異也。或曰。代理人爲意思表示。若法律行爲。則本人爲之。不知爲意思表示者。即爲法律行爲者。且代理人非傳達本人意思之機械。實自爲意思表示者也。故關於法律行爲有效與否之事實。必就代理人決定之。例如代理人受強迫。雖本人未受強迫。然其法律行爲。得以取消是也。代理人既可代本人爲意思表示。又代受意思表示。故無論何人。不得任意爲己之代理人。及爲己之法律行爲也。且同一法律行爲。不得爲相手方之代理人。又不得爲當事者雙方之代理人。蓋以一身代表利

害相反之當事者。宗旨各殊。利益背馳。欲以一人調和其間。誠不易也。

二、代理人之意思表示。直接對於本人生效力。代理人之意思表示。所生之法律關係。直接對於本人生效力。本人因之而得權利。負義務。是以代理人之爲意思表示。必明示其爲本人也。又無能力者。亦得爲代理人。蓋法律所以設無能力者之制度。專爲保護無能力者而生。若無能力者爲他人之代理人。與第三者爲法律行爲。法律絕不禁止。蓋其行爲之效力。直接對於本人而生。於無能力者無所損。若本人偶有不利益。則咎由自取。無足怪也。此際之無能力者。有意思能力。何也。無意思能力。即不能爲意思表示也。

三、代理人於代理權限內。代本人爲意思表示。代理人僅於權限內爲代理人。若權限外之行爲。即爲代理人自身之行爲。對於本人無效力也。

第二項 代理權之得喪

代理權者。謂代理人爲意思表示。又受意思表示。使法律效果直接歸於本人也。代理權之取得有二。一曰因法律行爲付與代理權而取得者。一曰因法律而當然取得者。前者曰委任代理人。後者曰法定代理人。如親權者。如後見人。如會社理事。如取締役。皆法定代理人也。法定代理人之權限範圍。法律皆有定則。委任代理人之權限範圍。由當事者之意所定。故廣狹不齊。若當事者無特別規定。代理人之權限。僅爲管理行爲。日本民法。限於(一)保存行爲。(二)代理之目的物。與權利之性質。於不變之範圍內。得爲利用改良之行爲。(民法三〇三)委任代理人。限於本人之許諾。或有不  
得已之事由。得選任復代理人。法定代理人。以己之責任。無論何時。得選任復代理人。蓋法定代理人之權限。甚爲廣泛。不能獨行其事務者多也。復代理人。於其權限內所爲之行爲。非代理爲選任之代理人。仍爲代理本人。故其行爲之效力。直接歸於本人。本人因之而享權利負義務也。復代理人對於本人及第三者所有之權利義務。亦與代理人同。故復代理

人者。謂代理人就代理權限內行爲之全部。或一部。選任本人之代理人可也。

若本人、代理人、死亡。代理人受禁治產、破產宣告。無論委任代理、法定代理。皆爲代理權喪失之通則。此外委任代理權。有因委任之解除、委任者破產宣告、委任事務告終、委任任期已畢、而喪失者。法定代理權。因一定之資格消滅。例如親權之喪失、後見人資格之消滅、理事之解任、而喪失代理權者是也。

代理人於權限範圍內。行使代理權。若代理人逾越權限者。或初無代理權。代理人自稱爲代理人者。皆非眞代理人也。然法律爲公益計。有認爲例外者。日本民法代理人爲權限外之行爲。第三者信其有權限。而有正當之理由者。仍使本人任其責。此認爲例外者一也。代理權喪失後。第三者不知其喪失。而與之爲法律行爲時。其效力仍歸於本人。此認爲例外者二也。全無代理權而自稱爲他人之代理人。與第三者爲法律行爲。對

對於本人不生效力。若本人追認其行爲。引受效果。法律聽其追認。不加禁制。此認爲例外者三也。第三例外之相手方。對於本人。得求果追認與否之確答。若本人不追認。則自稱代理人。自任履行之責。自爲損害賠償也。

#### 第五款 法律行爲之無效及取消

##### 第一項 法律行爲之無效

法律行爲之成立。既有一定之要件。若爲法律行爲。而缺要件之一二。即不能生法律之效果。是之謂無效。故法律行爲之無效。在不能生當事者所希望之法律效果。與因當事者之意思。不使生法律效果者不同。例如停止條件附之法律行爲。其條件不成就。不生法律之效果。推其原因。在不適合法律行爲成立之要件耳。法律行爲成立之要件。因其性質。至生法律行爲效果之日止。有須繼續者。有不須繼續者。其區別之標準。學者議論歧出。據普通學說。(一)當事者之行爲能力。雖於法律行爲效果以前

喪失者。而仍生效果。因而法律行爲。仍然有效。例如遺言者於死亡前。雖喪失遺言之能力。然其遺言。與遺言者之死亡。共生效果是也。又如停止條件附之法律行爲之當事者。於條件成就前。爲無能力者。然其法律行爲。與條件之成就。共生效果是也。(一)當事者之權利能力。至生法律行爲效果之日止。必須繼續。若生效果以前。當事者喪失權利能力之時。則法律行爲無效。例如日本國法。遺贈土地所有權。若於遺贈者之死亡前。受遺者爲外國人之時。則法律行爲無效是也。蓋日本國法。不認外國人有土地所有權之權利能力也。(二)法律行爲內容之要件。此亦與權利能力同。至生法律行爲效力之日止。必須繼續。若生效力以前。缺其要件。則法律行爲無效。例如停止條件附。以物爲讓渡之法律行爲。若條件之成就前。其物爲不融通物是也。

法律行爲。有自當初無效者。有法律行爲成立後。因無效原因之發生而無效者。學者區別爲二。一曰當初之無效。一曰事後之無效。惟無效之原

因。生於既生法律行爲效果之後者其法律行爲非無效。但不能履行耳。例如買賣契約成立之後。法律行爲已生效力。賣者負交付買賣目的物之義務。至義務履行之後。而法律行爲始完全成立。若義務履行之前。目的物尙未交付。其物爲不融通物。即不能履行義務。然法律行爲不能以無效爲理由也。又法律行爲非由單一之意思表示而成。有時或包含多數之意思表示。此時以多數之意思表示。相合爲一法律行爲。若一部之意思表示爲無效。則全部之意思表示。亦當然無效也。若當事者之意思表示。各自獨立。而一部之意思表示無效。他部之意思表示有效。則不能以一部之無效。而使全部無效也。例如金錢貸借契約。關於利息之意思表示。以違反利息制限法之故。雖爲無效。然當事者所有金錢貸借之意思表示。爲有效成立是也。學者區分此類法律行爲之無效。曰全部無效。曰一部無效。

法律行爲之無效。不問其區別何屬。在不能生當事者所希望之法律效

果而關於效果之法律行爲。全不存在也。特曰關於效果者。無他。無效之法律行爲。非一切全不存在。惟不能生當事者所希望之法律效果耳。故法律行爲之無效者。亦有時或生損害賠償之義務。例如法律行爲之要素有錯誤時。其行爲固無效。若表意者有過失。則任損害賠償之責是也。又法律行爲無效之原因。固爲法律行爲成立要素之欠缺。然亦有因法律、或公益、及他理由。以某法律行爲爲無效者。又有因某法律行爲之成立。必需特別之要件。而以其要件欠缺爲無效者。例如某種法制。以近親間之婚姻爲無效者。前者之例也。又如要式行爲。因欠缺方式而無效者。後者之例也。前者之例。得包含於後者之中。故法律行爲無效之原因。概括區別。曰性質上要素之欠缺。曰法律上特別要件之欠缺。要之無論何種原因。無效之法律行爲。其效果不存在於法律。故所生之結果如左。

一 無效之法律行爲。雖負義務。無須履行。若既履行之後。交付於相手方者。亦得取還。但因目的不法爲無效者。不得取還也。

二 無效之法律行爲。其無效原因。雖事後消滅除去。仍爲無效。

三 無效之法律行爲。爲不存在之行爲。故使之無效者。無須何種手續也。其主張無效爲有利益者。無論何人。皆得主張之。援用之。其因無效而有爭端者。雖必俟裁判。然實則非因裁判確認無效之事實。而使其行爲爲無效之意思表示也。惟立法例因公益上之理由。使某法律行爲爲無效者。必須裁判所之宣告耳。

四 無效之法律行爲。爲不存在之行爲。故無論因如何方法。因如何原因。皆無由使之有效。例如當事者。知爲無效而追認之。法律不因追認而謂其行爲爲有效。惟視爲新法律行爲耳。又因時效者。其不生效力亦然。

## 第二項 法律行爲之取消

### 第一目 得以取消法律行爲之觀念

法律行爲者。法律上認爲存在。認有效果。然因取消爲不存在之行爲。此

種行爲。至未取消之日止。有存在且有效果。與完全之法律行爲無異。惟因某種原因。法律與某種人以取消權。有取消權之行使。始爲無效。故與無效之行爲。大異其性質也。取消之原因。學者分之爲二。一曰普通原因。一曰特別原因。普通原因者。謂意思表示之有瑕疵也。特別表示又分爲二。一曰法律有時因公益及他理由。取消某法律行爲者。一曰因某法律行爲。欠缺法律上之特別要件而取消者。日本民法。債權者知債務者有害債權者。得請求裁判所。爲法律行爲之取消。前者之例也。(民法四)不用書面之贈與。各當事者得取消之。後者之例也。(民法五)無論何種原因。取消之效果。溯及既往。法律行爲。全不存在。法律效果。因取消而全歸消滅。與未生效果者同。故其法律行爲所得之利益。必返還之。但日本民法。婚姻養子之取消。特向將來生其效果。蓋對於人之身分及其他關係。免生大變動也。

## 第二目 取消權之喪失

取消權者。對於得以取消之法律行爲。以消滅其效力爲目的。而與意思於法律上之力也。取消權之行爲。依據法制。無不須訴之形式。日本民法以單純之意思表示爲足。惟特別事宜。必從訴之形式耳。其意思表示。若得以取消法律行爲之相手方確定時。必對於相手方爲之。相手方不確定之時。若取消之意思明確者。不問其方法如何也。

取消原因之存在。法律與某人與取消權者。出於保護某人之意。故與法律行爲之無效者不同。然不能謂盡人皆有取消權。惟法律認爲必須保護者有之。取消之原因。若爲欠缺公益要件。則維持公益。國家自行使取消權。今日本民法。普通認爲必須保護與以取消權者。(一)無能力者。(二)有瑕疵之意思表示者。(三)以上二者之法定代理人。或委任代理人。(四)無能力者。有瑕疵表意者。之普通承繼人。或特定承繼人。(五)妻未得夫之許可所爲之行爲。夫得取消之。此外尚有特種法律行爲。例如婚姻。養子之行爲。因其取消之種類。親族戶主。皆有取消權也。

取消權爲權利之一種。其行使與否。一任有取消權者之自由。若有取消權者不行之。而追認得以取消之法律行爲爲有效時。則追認之日。取消權即行喪失。蓋追認得以取消之法律行爲。即一面爲拋棄取消權之意。意思表示也。此種意思表示之有效者。(一)必表意者知法律行爲得以取消之原因。蓋不知其原因。無由爲拋棄取消權之意。思表示也。(二)其意思表示。必在取消原因情況終止之後。蓋取消原因情況繼續之時。亦無由爲拋棄取消權之意思表示也。故取消權者。爲無能力者時。非其無能力終止之後。爲強迫者時。非免強迫之後。受詐欺者時。非知詐欺事實之後。不得爲追認也。又取消權。若永久存續。其得以取消之法律行爲。常有不確定之狀況。不獨使相手方之當事者。常抱不安之慮。亦且大害交易之安全。是以取消權。亦因時效而喪失也。日本民法。取消權自得爲追認之時。五年間不行之者。因時效喪失。自行爲之時。經過二十年者。其規定亦同。(民法二六六)若婚姻養子。關於法律行爲取消權。則因短期期間之經過而

喪失也。取消權之喪失原因。雖以追認及時效爲通則。然因公益之取消權。則不因追認及時效而喪失也。

## 第六款 法律行爲之附款

### 第一項 條件

條件云者。謂法律行爲之當事者。繫於法律行爲效力之發生消滅。不確定事實之約款也。事實之條件。必爲客觀的不確定者。若主觀的不確定之事實。雖亦得爲條件。然猶未爲定論也。所謂客觀的不確定之事實者。謂無論何人。不知其發生確定之事實也。所謂主觀的不確定之事實者。謂僅當事者。不知其發生確定之事實也。普通學說。多採前者之意義。蓋從羅馬法以來之解釋也。條件附法律行爲。其效果因條件之成就而發生而消滅者。其條件有二。一曰停止條件。一曰解除條件。法律行爲爲停止條件附時。至其條件成就爲止。不發生法律上之效果。例如約定汝如游歷歐美。則贈與此書是也。停止條件附之法律行爲。與始期附法律行

爲之不同者。始期附法律行爲。其效果已發生。惟履行停止耳。停止條件附。得以當事者之意思。溯及條件成就之效果也。又原則有認許溯及之立法例。此際停止條件附法律行爲。與始期附法律行爲之差異。在成就與到來之確實與否耳。法律行爲爲解除條件附時。與成立共生法律之效果。若條件成就。則效果解除。例如約定余贈與此書與汝。若年內有歐美之游。則此書籍再歸余之所有是也。故關於此點。解除條件附法律行爲。與終期附法律行爲。二者雖同。然解除條件附法律行爲。其條件成就與否不確定。終期附法律行爲。則終期確定。此二者之大差異也。

當事者有時或以不法行爲爲條件。例如汝若殺彼。與汝金千圓。此種條件附之法律行爲。定爲無效是也。又或以必不可能之事實爲停止條件。則法律行爲爲無效。解除條件爲無條件之法律行爲也。又或條件僅據債務者之意思左右之。其條件爲停止條件時。則其法律行爲亦爲無效。蓋據債務者之意思。得自由免除責任。大背債務之性質。此種法律行爲。

不得發生債務也。

## 第二項 期限

期限者。謂法律行爲之當事者。繫於法律行爲效力之實行。或消滅。將來確定事實之約款也。今分論之如下。(一)期限者。必爲將來之事實。且爲到來之確實者。其到來之不確實者。爲條件。然事實之期限。以到來之確實爲足。無須到來時期之確定也。其到來時期之豫確定者。曰確定期限。其到來時期之不確定者。曰不確定期限。例如指定光緒某年月日。確定期限也。又如指定甲者死亡之時。不確定期限也。(二)期限者。繫於法律行爲效力之實行。或消滅之事實也。蓋始期附法律行爲。其效果既生。至期限之到來爲止。不得請求履行也。終期附法律行爲。期限之到來。與法律行爲之效果。共歸消滅也。

期限者。通常推定爲債務者之利益。例如乙者借甲者金千圓。約定十月以內返還。約定之期限。即爲乙者之利益。甲者於十月以內。不得迫其返

還。但乙者於十月以前。可得返還之也。然亦有爲債權者之利益者。例如甲者欲得十月之利息。使乙者納付金錢是也。但期限之利益。限於不害相手方之利益。若受益者雖拋棄之可也。

### 第三節 期間

時及時之經過。爲法律事實之一種。當其生法律上之效果。或爲期限。或爲期間。或爲時效。皆與權利之得喪有關係。所謂期限者。謂法律行爲之履行。或效果之消滅。一定之時期也。當其定之之時。或以時日。例如某年月日是也。或以事實。例如甲者死亡之時是也。若期間則不然。期間者。謂由一定之時期。至一定之時期。所限定之時間。生法律效果之謂也。例如由某日至某日三十日間是也。而限定期間。有從法律所定者。有從裁判所之命令者。有因當事者之意思表示者。

期間關於權利消長之方法。種類不一。有定權利存續期間者。例如永小作權之存續。爲五十年以下是也。有定法律行爲期間者。例如追認之期

間、取消之期間、出訴之期間、是也。有定能力發生期間者、例如定成年之期、婚嫁之期、是也。其他行使權利之期間、失蹤宣告之期間、皆與權利之消長、有密切之關係焉。定期間者、以時、日、星期、月、年、定之。定之之方法有二。(一)指定特定之時日。例如某年月日、或明日、或次星期某曜日、是也。(二)因時之區分限定之方法。例如一年間、一月後、三日間、是也。此方法又分爲二。一曰因歷法時日而定者。即一日自午前零時始。至午後十二時終。一月自月之初日始。末日終。一年自正月一日始。十二月末日終是也。例如謂自二月末日始。經三月後。則以五月末日爲滿期也。一曰因自然時日而定者。即一日爲二十四時間。一星期爲七日。一月爲三十日。一年爲三百六十五日。是也。計算期間之方法有二。(一)歷法計算法。即不日日細分。惟從歷計算。此種方法有二。一曰短縮計算法。即以初日算入期間。以末日之始爲滿期是也。一曰延長計算法。即自翌日起算期間。以末日之終爲滿期是也。(二)自然計算法。即一日細分。由某時至某時。由某分至某

分。由某秒至某秒。精密計算是也。

#### 第四節 時效

##### 第一款 時效之性質

##### 第一項 關於時效觀念之學說

時效之觀念。古今學者。各異其說。今舉其重要之學說如左。

一、推定說 推定說者。非以時效爲權利得喪直接之原因。謂別有正當之原因。或因某期間之占有。或因權利之不行使。其得喪權利。皆爲法律上之推定。法律上之推定。爲一證據。時效者。即關於權利得喪之證據也。據此學說。例如吾人以二十年間所有之意思。平穩且公然占有他人之物時。取得其所有權者。(民法六二)非因時效之原因而取得。實別有正當之原因。如買賣贈與之法律行爲。因某條件。二十年間占有之事實。取得其所有權也。然近世學者。多不從此說。其反對之理由。概述如左。

(一)此說多違反近世之立法例。近世立法例多不以時效爲法律之推定。謂爲權利得喪之原因。因之受時效之利益者。不問其爲善意惡意。且不許反證。若欲以之爲法律上之推定。則受時效利益者爲惡意時。不能適用。無他。無推定正當原因之理由也。

(二)此說實際難於適用。以時效爲法律上之推定者。不得不許其反證。若許其反證。則實際難於適用。例如甲者買受乙者土地占有之時。若乙者非眞爲土地之所有者。則甲者非由眞所有者占有。縱令其占有。雖可因買賣證明。然其土地爲賣主乙者以外之所有者。若有反證。則買主甲者雖永年占有其土地。終不能取得所有權。此實際之所以難於適用。是以近世立法例。多以一定期間之占有。爲取得所有權也。使從推定之學說。則因買賣法律行爲占有之物。取得所有權者。終不能永久確定。致使權利常不能鞏固。而公益亦有不利之虞也。

(三)此說違反時效制度之沿革。歐洲大陸諸國。現行時效制度。皆發

源於羅馬。雖幾經變遷。迄於今日。然尋繹羅馬法。終無以時效爲法律上之推定也。

右所陳述。學者反對推定之說。論之詳矣。然自余觀之。猶未盡也。蓋近世立法例。惡意之占有。不受時效之利益。且許反證。實際多不適用者。此爲實際問題。非法理問題也。又所謂違反沿革者。不知一切法規。必不與法源同出一轍。多因時變遷。而有損益也。要而論之。近世立法例。不以時效爲推定者。由種種之便宜使然。非必有一定之理論也。

二、抗辯方法說 抗辯方說者。以時效爲抗辯方法也。就取得時效而言。占有者以期間經過爲理由。拒斥占有物取還之請求。而爲抗辯方法也。就消滅時效而言。債務者以期間經過爲理由。拒斥債權者之請求。而爲抗辯方法也。今證諸沿革。參照法制。此種學說。不能謂全無根據。然就近世諸國法制觀之。無論取得時效與消滅時效。無採抗辯方法者。今引證之如左。

(一)近世諸國之法制。未規定時效爲抗辯方法。近世諸國之法制。關於時效規定之體裁。就消滅時效而言。某種權利。因若干年不行使。罹於時效。就取得時效而言。以所有之意思。若干年間占有者。取得所有權。凡如此者。多以條文規定之。例如德意志民法第九十六條云。左之請求權。規定以二年罹於時效。且列記罹於時效之請求權。又第九百三十七條云。十年間以所有之意思占有動產者。規定取得所有權。日本民法第六十二條云。二十年間。以所有之意思。平穩且公然占有他人之物者。取得其所有權。第六十七條云。債權十年間不行使者。因而消滅。凡如此類。規定之。法文。皆以時效爲權利得喪之直接原因。決非以之爲抗辯方法也。

(二)近世諸國之法制。得直接間接。拋棄時效之利益。以時效爲抗辯方法者。主張抗辯方法與否。爲被告之自由。裁判所與法律不干涉之。果爾。是時效無拋棄之理也。然諸國法制。直接間接。多拋棄時效之利

益。日本民法規定時效之利益得豫拋棄。(民法四六)時效完成後得示間接拋棄。法國民法第二千二百二十條。日本舊民法證據編第一百條第二項。皆明示此意也。又日本民法第四百十四條云。當事者不援用時效之時。裁判所不得因之而爲裁判。由是而論。以時效爲抗辯方法者。實爲無用之論文。無他。當事者不爲抗辯。裁判所亦無可如何也。

近世諸國之法制。不以時效爲抗辯方法。無疑義矣。或曰。時效完成之時。占有者。債務者。得援用時效。排斥所有者。債權者。之訟訴。是以時效爲抗辯方法也。不知因買賣而得物件所有者。受物件取還之訴求時。得爲抗辯者。爲買賣之效力。非買賣之自身。不足以證明時效之爲抗辯方法也。

三、事件說。事件說者。以時效爲事件之說也。私法上權利得喪變更之原因。曰法律事實。事實之本乎人意者曰行爲。事實之本乎人意者曰事件。前既論之矣。時效者。以時之經過自然之現象。爲權利得喪之

原因。與出產、死亡、同爲法律事實中之事件。故據此說以論時效。既非推定。又非抗辯方法。其爲權利得喪直接之原因。適如出生事件。爲權利取得直接之原因。又如死亡事件。爲權利喪失直接之原因。近代學者。多採此說。蓋邇時諸國。關於時效之法制。不據此觀念。不能釋明。日本民法。關於時效之規定者亦然也。學者或非難之曰。以時效爲權利得喪直接之原因。因一定期間之經過。或取得權利。或喪失權利。就取得時效而言。占有者因一定期間之經過。雖取得占有物。然由占有物所生之果實。非經過一定期間。占有者無取得果實之權利。因之所有者之請求權。不能消滅也。又就消滅時効而言。若權利爲有利息之債權。因一定期間之經過。實體權雖歸消滅。然利息之請求權。因期間之未經過。債務者不得不償還債權者也。諸國法制。以時效之效果。溯及既往。取得時效。無不許果實取還之請求。消滅時效。無不許利息償還之請求。其解釋之理由。不能不以時效爲推定也。主持事件說之學者

曰。法律以時效之效果。溯及既往者。非以時效爲推定。謂時效制度之根據。在維持公益也。設時效之制度者。必具備法定條件。若經過一定期間。尙主張權利。其有害公益。豈淺鮮哉。主權利既因一定期間之經過而消滅矣。從權利乃不因之而消滅。非有背於設立時效制度之意乎。此種辯論。誠爲推闡無遺矣。雖然。以時效爲推定。爲事件。實際之適用。果生如何之差異乎。以時效爲推定者。就取得時效言。所有者爲反對之證明。縱令不許反證。而占有者於其占有物。認諾爲他人所有物之時。就消滅時效言。債務者自白負擔債務之時。不能不破其推定。何也。證明法律之推定。非真實者也。若以時效爲權利得喪直接之原因者。就取得時效言。占有者於一定期間。證明繼續占有。就消滅時效言。債務者證明經過一定之期間。又如占有者認諾其占有物爲他人之所有物。又如債務者自白負擔債務。皆享有時效之利益。此二者重要差異之點也。是以採推定說。採事件說。法律之規定。各有歧異。必然之

勢也。要而論之。以時效爲權利動因中之事件者。最適合近世諸國之法制也。

## 第二項 時效之意義

前述諸種學說中。以事件說爲適合近世諸國之法制者。蓋以時效爲權利得喪之事實。以時之經過。及他法律所定之要件。爲要素也。更引申言之曰。時效者。以時之經過。及他法定之要件。爲權利取得消滅之事實也。(民法一六二、一六三、一六七、一)取得權利之效果。曰取得時效。消滅權利之效果。曰消滅時效。法國民法及日本舊民法。以取得時效。爲取得所有權之時效。其他權利。不因時效取得。此在法國法系之法制。以權利爲無體物。一權利之上。認有所有權。所有權以外。不認有取得時效。然就實質而論。所有權以外之權利。亦得因取得時效而取得也。又法國法系之法制。非取得時效者。皆有免除債務之效果。故對於取得時效之時效。不曰消滅時效。而曰免責時效也。然因時效消滅之權利。不獨債權爲然。如一定期間。不行使訴

權。又如物權中。不行使地役權。皆與其期間之經過。共歸消滅。故對於取得時效之時效。曰免責時效者。頗有不愜之譏。是以近世諸國法制。雖所有權以外之權利。亦得因時效取得。且不用免責時效之文辭。而用消滅時効之文辭。是即定義中所謂時效者。爲權利取得消滅之事實也。

權利之取得消滅。法律必須某條件者。就中以時之經過。爲取得時效消滅時效二者所通用。惟其期間有長短之差耳。其他法定要件。則取得時效消滅時效二者各有殊異。就取得時效而言。因時效而享有利益者。如物之占有。如權利行使是也。就消滅時效而言。因時效而受不利益者。如權利之不行使是也。

### 第三項 時效之根據

時效者。謂時之經過。物之占有者。權利之行使者。取得他人之權利。又以時之經過。權利之不行使者。喪失權利。故有時或保護不正之占有者。行使者。或與利益於怠慢之債務者。且不由權利者之意思。而褫奪其權利。

是以學者多以時效制度爲不條理。有唱宜全廢止之說者。雖然。古今諸國之法制。所以認時效制度者。若如學者所唱道。全爲無根據之談。故必列舉理由。以爲明證。今述時效根據所祖述之學說。區爲三種如左。

一、罰權利者之怠慢說。法國法學家。多唱此說。其意曰。所有者。債權者。以行使己之權利。請求債務之履行。爲其本務。若物之所有者。自於其物之上。不行使權利。委諸他人之占有。債權者。不要求債務之履行。皆謂之怠慢其本務。又對於債務者。不要求債務之履行。加債務者以損害。權利者有賠償之義務。是則時效之制度。所以罰怠慢本務者。賠償被損害者。使喪失己之權利爲根據也。此種學說。本昧於權利者失權利之法語而來。然與近世權利之觀念。全相牴觸。是以學者概不宗其說。蓋權利之本質。行使與否。爲權利者之權能。有權利者。非有不可不行使之義務也。故物之所有者。自於其物之上。不行使權利。委諸他人之占有。債權者對於債務者。不要求債務之履行。皆屬於所有者。債權

者之權能。凡權利者。得自拋棄權利。爲法律上之原則。又烏容多辯也。不爲屬於己之權能之事。固不能有處罰之理由。至謂不爲債務履行之要求。加債務者以損害。果何所據而云然。誠有令人大惑不解者矣。縱令加以損害。其損害亦因行使權利而生。權利者亦無負擔賠償之義務也。

二、本於所有權之起源說 比國陸蘭輩主持是說。僅就取得時效而言。其意曰。凡所有權之起源。在無原因之占有。其永久占有者固不論。若占有變爲無權利之時。則所有權無確定之時期。所有權不確定。則社會之秩序。不能維持。是以一定之期間。占有物者。必付與所有權也。付與占有者以所有權。則前所有者。對之不能有異議。何也。己之所有權。溯其本根。亦由占有而來。所有權以占有爲基礎。故現占有者。對於既拋棄占有者。認爲取得所有權。無不可也。取得時效之根據。實由於此。夫所有權之起源。在無原因之占有。此說雖未可厚非。然以占有爲所

有權之起源。爲近世學者所不採。近世法理。占有之事實。不必與所有權相輔而行。有無占有之事實。而有所有權者。有無所有權。而有占有之事實者。不得以有占有之故而取得所有權。以無占有之故而喪失所有權。是以此說不爲學者所宗也。

三、本於社會之公益說 近世學者。皆以此說爲時效制度之根據。其意曰。時效者。因時之經過。及他法定之條件。取得權利。消滅權利。乍見似爲不條理。然使無此制度。則權利不能鞏固。社會秩序不能維持。時效之制度。所以保護社會之公益也。試就所有者之權利而言。所有者常不能證明其權利。例如吾人欲證明某財產之所有者。必因買賣、贈與、及他法律行爲。證明取得所有權。讓渡者亦必證明其有所有權。遞次推尋。溯厥本根。將欲確定所有權。授受之權原。不特實際所不能。且年湮代遠。證據消亡。雖欲證明。烏可得乎。又就債務者而言。既償還之後。若償還證書毀損失亡。即不能證明債務之已償還也。又就社會之實

際而言。他人之財產。永久占有之後。社會之公衆。皆以占有者爲眞所有者。關於財產之事。皆與占有者爲交易。又如債權者。久不請求債務履行之時。債務者信爲債務免除。至處分其財產。此皆事之所恒見者。然法律關係。數經輾轉。歲月遷流之後。爲占有者而非眞所有者之時。尙以其法律行爲爲無效。又如受債權者之請求。而無償還之證明者。尙有償還之義務。則權利常有不確定之虞。害社會之信用。妨經濟之發達。非所以保護公益之意也。是以權利者久不行使權利。委諸他人占有者。推定權利者自拋棄權利。有付與占有者之意思。無不可也。古今諸國之法制。時效制度。或有保護不正之占有者。及怠慢之債務者。然實則一以期權利之鞏固。一以期維持社會之秩序。余於時效之根據。亦以此爲然。彼英之邊沁。法之阿科拉。謂因時之經過。一方取得權利。一方喪失權利。論爲不條理之甚者。蓋直以因時效得喪權利。爲時之經過之效果。而未嘗研究因法律之權力。而付與效果也。夫法律者。

有萬能之權力者也。法律所命。雖非常軌。不得避之。法律所禁。雖爲正理。不得行之。時效者。因法律之權力者也。法律以時之經過爲條件。付與權利得喪之效果。而其根據所在。則在保護社會之公益也。

#### 第四項 時效與豫定期間之區別

豫定期間者。謂法律限定行使權利之期間也。若其期間內不行使權利。則其權利歸於消滅。申言之。即豫定期間之權利。與期間之終結。同歸消滅。所謂終期附者是也。因時效消滅之權利。爲永久而非終期附。惟權利者不行使權利之結果。與一定期間之終結。同歸消滅。此時效與豫定期間性質之差異也。然多數法制。二者之區別。不能明晰。如何性質之權利。適用時效。如何性質之權利。附以豫定期間。無一定之標準。若據立法當時之認定。則又議論叢生。如日本舊民法證據編第九十二條。法律未明定時效之期間。皆與時效適用同一之規定。凡時效之中斷、停止、援用。莫不適用之。然時效與豫定期間。既異其性質。是以日本現行民法。豫定期

間適用時效之規定者。特明言依據時效。其他期間未明言者。二者自各有區別也。

### 第二款 時效之溯及效

時效者。因時之經過。與他法定條件。爲權利得喪之事實。故時之經過。且具備他法定條件者。理論上當然。生權利取得喪失之效力。取得權利者。自取得以後。其權利即爲己之權利。得自由處分。喪失權利者。自喪失以後。不得行使其權利。且在取得以前。取得者不能享有權利之利益。喪失以前。損失者不能損失權利之利益。例如光緒三十七年六月一日。以善意占有他人之不動產。至光緒四十七年五月末日。繼續占有。占有者於光緒四十七年六月一日。取得占有物之所有權。以後對於占有物。得任意使用收益處分。惟其占有以前。不能享有權利。若爲使用收益。則係就他人之物使用收益。故所得之利益。必返還所有者。若加損害。必任賠償也。又自光緒三十七年六月一日。至光緒四十七年五月末日。不行使債

權。經過之債權者。至光緒四十七年六月一日。即喪失債權。但其間之利息。可得請求也。

雖然。諸國法制。關於時效之效力。直接間接。皆規定得爲溯及。取得時效。及消滅時效。皆溯起算日生效力。從權利亦然。溯時效起算日。取得消滅。即時效之完成。其效力。非生於完成之日。生於時效起算之日也。故如前揭之例。光緒四十七年五月末日。取得時效完成之時。占有者於光緒三十七年六月一日。取得占有物所有權。又如光緒四十七年五月末日。消滅時效完成之時。債權者於光緒三十七年六月一日。喪失債權。因之占有者。至時效完成後。由占有物所得利益。償還之責。債權者至時效完成後。喪失請求利息之權利也。然則溯及效。何故對於普通之理論。而爲例外法乎。無他。蓋時效之效力。若必生於一定期間經過之後。則經過前當事者所生之關係。與第三者所生之關係。糾紛錯雜。而時效根據。所以保護權利維持秩序者。終不可期。轉不若不設時效制之爲愈也。試即取得

時效當事者之關係而言。設占有者於其占有中所收得之利益。必悉償還。若占有者不堪負擔。則不若中途棄其占有物。縱令勝任其負擔。而長年月日。計算複雜。亦當然之事也。又就消滅時效當事者之關係而言。若債權者得請求時效完成後之利息。則債務者將不勝其苦。而計算亦極錯雜。所謂以時效爲權利得喪直接原因之效果。亦半歸湮沒矣。更就第三者之關係而言。權利輾轉於數人之後。其情狀更爲糾紛。若於迭經授受之後。前權利者尙要求權利之回復。後權利者亦遞次向前權利者。要求損害之賠償。則個人之權利。常在不確定之中。交易之信用。全不能維持。是以諸國法制。特以時效爲溯及效者。實在於此。其所生之效果如左。

- 一、因取得時效取得權利者。其時效經過中。所取得之果實。例如物件占有中。收取天然之果實。債權之占有者。領收之利息。無庸返還。
- 二、因消滅時效。得債務免除之債務者。無須償還時效完成後之利息。
- 三、時效完成前。關時效目的之權利。所爲法律行爲。例如占有者之讓渡。

皆爲有效。

四、時效完成前。對於權利者所爲不法行爲。例如占有者對於占有物之毀損、變形。又如對於債務者之詐害行爲。皆不賠償。

時效之期間。從歷法計算。取得時效。自有效占有之日起算。消滅時效。自行使權利之日起算。時效之中斷。自事由終結之日起算。時效之停止。自原因停止之日起算。因裁判上之請求中斷者。自裁判確定之日起算。又時效之進行。不知實際之時者。其結果如左。

一、時效進行之始日。不算入。蓋以日計算。不以時計算。故日之分數。不能爲一日。時效停止中斷之後。再進行者皆然。

一、時效完成之日。必全經過。例如九月三十日。完成時效。必至是日午後十二時。始完成也。

### 第三款 時效之援用

時效者。因公益而設。爲權利得喪之原因。故其完成也。不俟當事者之援

用。而裁判所得行其職權援用之。蓋亦由公益使然。例如契約當事者。爲無能力者之時。不俟當事者之援用。裁判所得行其職權。以契約爲無效也。然諸國法制。以時效爲公益制度者。非經當事者之援用。裁判所不得以其職權。因時效而生請求。又不得補足抗辯方法。日本民法。亦倣諸國法制。第四百四十五條所規定者亦然。惟西班牙民法第千九百二十六條。有反對之規定耳。若夫以時效爲抗辯方法。當事者不援用之時。裁判所不得以其職權援用而爲裁判。蓋以抗辯方法。用之與否。屬當事者之自由。無庸裁判所之干涉也。雖然。時效既非抗辯方法。本因公益而設。爲權利得喪直接之原因。則裁判所不俟當事者之援用。因之以爲裁判。亦奚不可者。而諸國法制所規定。轉束縛裁判所之職權。揆諸純正之理論。亦有未愜。此其故何哉。曰。是蓋有特別之理由存焉。茲分論之如左。

一、維持當事者之德義。當事者之權利。因買賣、贈與、償還等類之法律行爲。或取得。或消滅。而其罹於時效者亦多。是以當事者欲證明已之

權利及免責者。實據正直之法律行爲。較因時效而爲權利取得債務免除者爲愈。何也。時效者。對於不正之占有者。怠慢之債務者。尙有效力。有德義心之當事者。烏可與若輩同一見解也。若裁判所不俟當事者之援用。而自因職權援用。不顧他種原因。專援用時效裁判。轉背當事者之德義心。是豈法律之本意乎。且援用時效與否。任當事者之自由。使侵害他人之權利者。怠慢債務之履行者。自省其良心。避止時效之利用。或返還罹於時效之占有物。或履行債務。且避時效制度保護不正之占有者。怠慢之債務者之弊害也。是則特別規定之理由。一以維持當事者之德義心。一以矯除由時效制度所生之弊害也。

二期裁判之正確。時效有停止。有中斷。推厥原因。本於訴訟及當事者之裁判行爲爲多。然亦有本於裁判外之行爲者。其本於裁判外之行爲。而爲停止中斷者。裁判所無由知停止中斷之事實。若不俟當事者之援用。而裁判所自援用時效裁判。恐有不正確之虞。是以特別規

定之理由。蓋欲以防弊於未然。期裁判之正確也。

特別理由。既論之矣。雖然。時效之效力。固不俟當事者之援用而發生。然亦不得以時效之援用。爲時效效力發生之條件。惟不援用之時。裁判所不得據時效而爲裁判耳。

#### 第四款 時效之拋棄

時效之拋棄者。謂拋棄由時效效力所生之利益。而爲排斥之意思表示也。蓋時效之效力。在權利之得喪。當事者之甲生權利取得之效力者。當事者之乙。必喪失權利。當事者之甲。生權利喪失之效力者。當事者之乙。必免除債務。或免除負擔。其權利取得。債務負擔之消滅。即由時效所生之利益。故受之者得自由拋棄。是無他。時效制度爲公益而設。雖定權利存續之期。然因時效所生之利益。則未嘗始終強制保有之也。時效拋棄之性質。從來學說。分爲二種。一爲權利之追認。一爲權利之讓渡。諸國法制所採之主義。亦不出此二端。爲追認之說者。曰。時效之完成。不俟當事

者之援用。不生權利得喪之效力。故時效之拋棄者。使將歸消滅之權利。確實消滅。論其效果。與初未生時效之效力者相同。日本舊民法。蓋採此主義也。雖然。時效之援用。決非爲時效效力發生之要件。時效之效力。與時效之完成同生。故法律未別設規定者。既發生之效力。不能與未生效力者相同。是以日本現行民法。不採追認之學說。以釋時效之拋棄也。況現行民法。限定追認行爲。安能與時效之拋棄一概而論乎。爲讓渡之說者曰。時效之拋棄者。謂因時效效力取得之權利。委於他人之手。或無庸償還之債務。自爲償還。讓渡已之權利於他人也。詳言之。時效之拋棄者。謂拋棄者。喪失既占有既行使之權利。又因權利之不行使。免除債務負擔者。生再擔任之效果。其所採之主義。與權利讓渡說相同。是以拋棄之後。欲再因時效。取得權利。免除債務負擔者。非再經過一定之期間。具備他條件者。時效不能完成也。然則時效要件之變更。可爲時效之拋棄乎。曰。變更時效之要件。爲增加時效之行爲。即拋棄時效利益之一部也。是

以輕減時效之行爲。不爲時效之拋棄。例如法律定爲十年完成之時效。因他種契約。非二十年不能完成者是也。其他變更時效之起算日。或因中斷停止之契約。皆爲拋棄時效之一部。其契約爲無效。若輕減時效。短縮時效之期間者。非時效之拋棄。無害於公益。故法律爲有效也。

### 第五款 時效之障礙

#### 第一項 時效之中斷

時效之中斷。與時效之停止。皆爲時效完成障礙之事實。即某種事由發生之時。其既經過時效期間之利益。使歸消滅之事實也。時效中斷者。自中斷事由終結之後。更爲新時效之進行。與時效停止之前後合算者不同。時效停止者。其停止原因發生前經過之時。與停止原因終止後。時效進行之時。得前後合算。時中斷之事由。不問取得時效與消滅時效。必爲欠缺、阻害、時效完成之條件。其因有形事實中斷者。曰自然之中斷。因無形事實中斷者。曰法定之中斷。自然中斷之事由。爲占有喪失。權利行使。

即占有他人之物者。時效進行時。喪失占有。而取得時效中斷也。權利者行使權利時。因行使而消滅時效中斷也。法定中斷之事由。爲法律所定。法律。裁判之手續。行爲。其手續行爲。皆與時效目的物之權利。有直接之關係。而有阻害時效成立要件之性質。例如請求。差押。承認。是也。

## 第二項 時效之停止

時效以對於一切之人。無間斷進行爲原則。且對於不在者。不知己之權利者。亦無休止之事。然法律或因當事者之能力地位。或因時效目的權利之性質。或因時效不能中斷之事變。爲保護受時效之對抗者。特設例外。使時效之完成遲延。是所以有時效停止之事也。時效停止之制。歷來法制。有二主義。一以時效始期之遲延。進行之中止。完成之遏止。爲時效之停止者。一僅以時效完成之遏止。爲時效之停止者。法國法系之法制。採前主義。德國法系之法制。採後主義。日本舊民法。採前主義。現行民法。採後主義。其所以採後主義者。無他。因採前主義。其弊有二。(一)時效之起

算點。與停止混同。蓋時效始期之遲延。爲時效起算點之問題。非時效停止之問題。何也。時效尙未進行。無生停止之理由也。學者或謂時效方開始進行。而同時進行停止。此尤爲無意義之論。終不能不謂時效未進行也。(二)時效進行之中止。背時效制度之精神。何也。時效進行中止之時。時效之完成永久妨碍。權利終不能確定也。採後主義者。謂法定事由發生之時。留保發生前經過期間之利益。遏止一時時效完成之事實也。其與時效中斷之不同者。彼此法定事由差異之外。在彼則中斷事由之發生。其發生前經過期間之利益。全歸消滅。必中斷事由終結之後。更爲新時效之進行。在此則停止事由之發生。遏止時效之完成。若停止事由終結。則其遏止前經過之期間。可得繼續。或因法定期間之經過。而時效完成也。學者或謂時效之中斷。如死者之不復生。時效之停止。如眠者之可復覺。片言取喻。可以表明二者差異矣。例如經過十年時效完成之取得時效。當其進行時。至九年之末。因眞權利者起訴。則其時效中斷。既經過九

年之期間。全然無效。必對於訴訟裁判確定之後。更爲新時效之進行。非經過十年。不能取得權利也。若時效之停止者不然。當九年之末。未成年者之法定代理人死亡。選定後任之法定代理人就職。須八閱月。則必留保。已經過九年八月之期間。後任法定代理人。自就職之時。經過六月。合計前後期間。爲十年二月。因而取得權利是也。蓋時效中斷之事由。爲當事者第三者之行爲。意思。阻害時效之要件。故其事由發生前。經過期間之利益。使歸消滅也。時效停止之事由。或因當事者之能力地位。或爲時效目的權利之性質。因或權利不能中斷之事變。所生之行爲。意思。阻害時效之要件。故其性質全異。與中斷所生之效果各殊也。其因能力之事由者。爲絕對停止之事由。因地位之事由者。爲相對停止之事由。蓋在前者。其事由之性質。不問受時效之利益者爲何人。皆爲停止。在後者。其事由之性質。因受時效利益者。與受害者之關係而生停止也。例如無能力者。不得自行管理處分財產。又不得爲訴訟行爲。且不得自進而爲時效

中斷之行爲。若使與能力者同爲時效之對抗。不特處理苛酷。且大背法律保護無能力者之精神。是以諸國法制。權利者爲無能力者時。定爲絕對停止之事由也。相對停止之事由者。謂時效當事者。因相互之地位。主張權利。有最不便之關係。例如無能力者與管理財產之父母及後見人之間。妻與夫之間是也。其因時效停止而與以保護者。無能力者對於管理財產之父母後見人。妻對於夫。有權利。而相手方對於無能力者。對於妻。無權利也。又時效之制度。若權利者不行使權利。則其權利永不確定。且不利於公益。然權利之性質。有時或一時缺行使之主體者。有時或欲行使而不能行使者。凡如此類之事宜。若必因一定期間之經過。以不行使爲理由。而喪失權利。殊有所未愜也。此種權利。獨於相續財產見之。蓋相續財產。有相續人確定者。有相續人確定遲延者。有相續人不確定者。日本民法。相續人不確定之時。以相續財產爲法人。別選任管理人（民法一五〇）（一五二）有破產之申告者。於其宣告時。置管財人。若相續人不確定。或管理

人管財人未選任時其相續財產無行使權利者且無受權利行使者若使之罹於時效是破時效制度之根據也。又若相續人管理人管財人確定而不知相續財產債權債務關係之際不得爲時效之中斷。蓋關於相續財產因相續人之確定。管理人之選定破產之宣告於一定之期間時效不告完成也。其他權利者行使權利欲爲時效之中斷。而因天災事變不能中斷者。此際若因一定期間之經過而使時效完成亦有所未愜。故自妨碍休止之時於一定期間內時效不告完成亦所以保護權利者也。

## 第七章 權利之侵害

### 第一節 不法行爲之觀念

法律定各人權利之範圍。劃各人行動之界限。使各人於己之權界內而行動。同時尊重他人之權利。蓋欲使世無爭訟。國無斷獄也。雖然。攷之事實。則適相反。霍布土曰。人生自然之狀態。爭鬪之狀態也。荀子曰。人之性惡。此其言雖未免偏馳一端。不敢信爲定論。而宇宙之間。破壞法律之規

矩。超越權利之畛域。而侵害他人之權利者。比比而是。於是乎法廷事繁。而爭訟多矣。法律者。既認各人之權利矣。而對於侵害權利者。尤不可不籌防禦救濟之策。此法律之裁制所由生也。

不問公權私權。權利之侵害。常爲不法行爲之結果。非不法行爲。不得謂爲權利之侵害。不法行爲云者。法律所不容許之行爲也。公權之侵害。是爲公法上之不法行爲。私權之侵害。是爲私法上之不法行爲。不問爲公法上之不法行爲。與私法上之不法行爲。國家對於行爲者。若科以刑罰裁制時。其不法行爲。始曰犯罪行爲。不法行爲之爲犯罪行爲與否。原無一定之標準。不過依法律所定者而區別之。就公法論。用不法行爲之文辭者不多見。然國家之機關。當行權限內之事項。而侵害國民之公權者。是爲國家公法上之不法行爲。如行政訴訟與訴願。即爲救濟此種侵害之方法也。然國家公法上之不法行爲。雖有行政訴訟與訴願之裁制。究不得名之曰犯罪行爲。至若個人侵害國家之公權者。即爲妨害國家統

治權之行使。是爲個人公法上之不法行爲。個人公法上之不法行爲。國家對於其行爲者。科以刑罰制裁。故其不法行爲。又曰犯罪行爲。例如以顛覆政府、僭竊邦土、紊亂朝憲爲目的。而起內亂外患。或嘯聚兇徒而爲暴動。或妨害官吏職務之執行者。此爲個人侵害國家公權之彰彰者也。國家皆有一定之裁判以加之。然就法學上論之。通常皆以犯罪行爲爲特種。以與通常之不法行爲相區別。又犯罪以外公法上之不法行爲。若與私法上之不法行爲併論。不免錯雜。且救濟方法。學說及立法例。亦不能折衷一是。故私法上之犯罪行爲。不能與公法上之不法行爲相提而論。本編則僅述私法上之不法行爲與犯罪行爲。至公法上之不法行爲。則俟次編公權章釋之。雖然。私法上所用不法行爲之文辭。悉用諸狹義。指義務發生之獨立原因。所認各種之不法行爲也。他如特定義務者之不履行義務。或行爲雖不適法。而對於他人不生損害者。皆未含其中也。予亦從狹義。蓋欲避錯雜之弊也。

第二節 私法上之不法行爲

私法上不法行爲云者。指示私法上義務發生之獨立原因。所認之不法行爲也。此種不法行爲。生法律上之責任者。因行爲者之故意或過失。侵害無特定義務者之私權。而生損害之事實也。今分析釋此條件如左。

(一) 侵害無特定義務者之私權 私法上之不法行爲。其爲私權侵害。固不待論。然其私權。以無特定義務者之私權爲限。易言之。須絕對權之侵害。若相對權之侵害。非不法行爲也。絕對權之侵害。如物權、人格權是。相對權之侵害。如債權、親族權是。侵害相對權之行爲。以廣義言。雖爲不法行爲。然此種侵害。因義務之不履行而生。非義務發生之獨立原因也。

(二) 行爲者之故意或過失 凡人當爲行爲之際。其意思之狀態。不一而足。雖然。可生法律上之責任者。大別爲二。一曰故意。一曰過失。故意云者。期望生某結果之意思也。如法律行爲。必爲出於故意之行爲。不

言自明。然法律行爲之出於故意也。其行爲者心中所期之結果。即爲法律之效果。若不法行爲之出於故意也。其行爲者心中所期之結果。非法律之效果。實權利之侵害也。由意思之狀態言之。使生侵害權利事實之決心也。雖然。行爲者心中所期行爲之結果。不必以期其必然爲定。若思慮大概可生如斯之結果者。或信其大概可生如斯之結果者。皆可謂爲故意也。例如甲者欲以鎗殺乙者。向乙者而發鎗時。其爲出於故意也。不必論。若其時有丙者與乙者並列。甲者之心中。已思慮向乙發鎗時。不免的中丙者。乃仍然發射彈丸。斯時也。果不的中乙者而的中丙者。則亦可謂甲者以故意而殺丙者矣。過失云者。欠缺注意之意思也。即對於某項事件。或全不注意。或注意而未周密者。皆屬之。例如爲練習弓矢。造紙製之的。其紙製之的。必易爲矢所貫穿。若稍注意。即可知之。若射者竟茫然從事。卒至矢貫的板。而傷通行之人。此所謂全不注意也。或者稍注意矣。然不深思熟慮。以爲的板或可支持其

矢。以爲道路或無往來之人。而卒至傷其人者。此所謂注意而不周密者也。總之不法行爲。不可無意思之狀態。其意思之狀態。不問其爲故意與過失也。由是而言。凡行爲若出於不可抗力。或出於難抗拒之強迫。或出於無辨別心之幼者。或出於心神喪失及瘖啞者。縱令侵害他人之權利。不得謂爲不法行爲。何則。凡法律上之行爲。必須意思表示。其爲意思表示。必須有意思能力者。無意思能力者之行爲。故雖有損害。而無賠償之責。法律雖對於有監督無能力之法定義務者（如親權者後見人。是其被監督之無能力者。所加於第三者之損害。有不可不賠償之責。然此責任。乃因怠其義務而生。非以是等無能力者之不法行爲。作爲監督者之不法行爲觀也。譬如爲某事業。使役他人。其被使役者。因執行事業。而加損害於第三者時。則使役人者。有監督被使役者之義務。故不可不任賠償之責。有監督無能力之法定義務者。其責任無異於是。惟注文者之於請負人。若請負人因其事務。而加第三者

以損害時。則注文者無責任。蓋注文者與請負人之關係。非立於監督者之地位者也。如有工事。倩人代辦。其承辦之人。謂之請負人。請其辦理之人。謂之注文者。

(三) 生損害之事實。侵害權利。不生損害者。雖爲不法行爲。不生責任。惟英美兩國之法。雖無損害之事實者。法律亦生賠償之責任。所謂名義之損害賠償也。又損害云者。非限財產之損害而言。若苦痛。若不利益。皆損害之類。故不法行爲。對於財產以外之損害。尚任賠償之責者。爲近世立法之進步也。

### 第三節 犯罪行爲

#### 第一款 犯罪行爲之觀念

犯罪行爲云者。附以刑罰裁制之不法行爲也。故不法行爲而爲犯罪行爲者。不可無刑罰裁制之條件。試分述犯罪行爲之條件如左。

(一) 行爲者由於故意或過失。刑事上所謂故意云者。有使生犯罪事實

之期望也。犯罪事實云者。指法律上宜認爲罪之事實。及罪宜更重之事實兩者而言。期望生此兩種事實而行犯罪。是曰故意。若不知爲人而殺之者。爲不知法律上宜認爲罪之事實。不知爲自己之親而殺之者。爲不知罪宜更重之事實。二者皆無使生此事實之希望。故非故意。而爲錯誤。錯誤者。故意之反對。即不知犯罪構成條件。宜認爲罪之事實。與刑罰加重條件。罪宜更重之事實者也。又刑事上所謂過失云者。應認識且得以認識之犯罪事實。因不注意。以至不能認識之謂也。過失雖亦爲錯誤之一種。然就應認識且得以認識之點而論。實與單純之錯誤有別。故過失者。對其行爲之結果。不能不負責任。例如乘自轉車者。疾驅於街衢。必有傷人之恐。此普通人皆可認識。且不可不認識者。若不注意及此。任意馳騁於大道之間。以致傷人身體。是爲因過失而創傷他人也。要之故意及過失。皆爲犯罪之意思。故亦曰犯罪。犯罪行爲。與私法上之不法行爲同。其行爲者。不可無辨別心。若知覺精神

喪失者。若年幼者。若缺辨別是非之智能者。其行爲雖有犯罪之外觀。決不得謂爲犯罪行爲。何也。以無責任之能力故也。年齡之限定。各國法制。其例不一。觀日本刑法。十二歲未滿者。全然爲無犯罪能力。十六歲未滿者。無辨別心者爲無罪。二十歲未滿者。宥恕其罪而已。但有不  
可不注意者。犯罪行爲爲能力。與私法上之不法行爲爲能力。非必互相一致。例如十二歲未滿之幼者。其行爲全然不能構成犯罪。若具有辨別心時。可爲私法上之不法行爲是也。又行爲者之任責與否。以有犯罪之自由與否而決。所謂欲犯罪則犯罪。欲不犯罪則不犯罪之自由也。若遇不可抗拒之強制。而喪失其自由者。其行爲決不爲犯罪行爲。強制有二。一肉體的強制。一精神的強制。肉體的強制者。有形的強制也。例如甲者捉乙者之手而撲丙者是。精神的強制者。無形的強制也。例如甲者強迫乙者而殺丙者是。是等行爲。其犯罪行爲。皆在甲者而不  
在乙者。以乙者受甲者之強制。而喪其自由故也。

(二) 刑罰裁制 犯罪行爲。以廣義言。亦爲不法行爲之一。然法律取不法行爲中之害惡較甚者。科以刑罰之惡報。以禁壓之。是爲犯罪行爲。易言之。不法行爲中。僅處以私法上損害賠償之裁制。不足以蔽其辜。而必須以刑罰惡報科之者。犯罪行爲也。故犯罪行爲。亦爲不法行爲之一。夫犯罪行爲。與私法上之不法行爲兩者。皆屬不法行爲。惟認爲犯罪者。必加刑罰。認爲私法上之不法行爲者。僅加以損害賠償之義務而已。前者依公訴而提起訴訟。後者若附帶於前者。則依附帶私訴而求其賠償可也。此犯罪行爲及應科之刑罰。近世文明諸國。皆以法規定之。不能逾越於法規範圍之外。故不法行爲。非附以刑罰裁判之事實者。不得曰犯罪行爲。質言之。非行爲爲因。而有刑罰裁制爲果之行爲。其行爲者雖犯罪。而不任其責。此所謂罪刑法定主義也。

### 第二款 犯罪行爲之類別

犯罪行爲。因觀察之方面而異其種類。大要如左。

(一) 重罪、輕罪、違警罪。日本現行刑法，以及德法諸國之刑法，皆分犯罪爲重罪、輕罪、違警罪，三者蓋因主刑之輕重而區別，非依犯罪行爲之性質而區別者也。故學者多反對是說，斥爲不當。日本刑法改正案，亦從此議，不分重罪輕罪，僅名之曰罪。至違警罪，則由刑法而除斥之矣。

(二) 國事犯、非國事犯。國事犯者，侵害國家之自斷權，危及其存在與對外關係，而起內亂外患之犯罪行爲也。一名政治犯。非國事犯之通常犯罪。曰非國事犯。一曰常事犯。國事犯與非國事犯所科之刑罰異。犯罪人引渡之方法亦異。雖然，學者有謂國事犯之待遇，不必與常事犯相區別者，亦一說也。

(三) 作爲犯、不作爲犯。依積極行爲而侵禁令者，曰作爲犯。依消極行爲而侵命令者，曰不作爲犯。依消極行爲而犯禁令者，曰準不作爲犯。準不作爲犯之處分，宜與作爲犯相同與否，學者議論囂然。

(四) 繼續犯、連續犯、慣行犯。繼續犯云者，行爲者，因不法行爲，所發生犯

罪行爲之狀態。永爲維持繼續之犯行也。如不法監禁罪是。連續犯云者。因同一之犯意。以同一之方法。使數次發生同一結果之犯行也。如傭僕恐其發見。數次盜取主人信箋一匣是。慣行犯云者。非數回爲同一之行爲。不能成立之犯行也。例如私擅醫業罪是。

(五) 親告罪、非親告罪、親告罪云者。檢事俟被害者或其親屬之告訴。始提起公訴之犯行也。其不待告訴。檢事可提起公訴之犯行。曰非親告罪。

### 第三款 犯罪行爲之體樣

#### 第一項 未遂犯

凡犯罪行爲。有陰謀、豫備、著手、實行、諸階級。實行云者。構成犯罪之行爲也。啓實行之端緒者。曰著手。尙未至著手之行爲。而爲犯行之準備者。曰豫備。陰謀云者。數人爲一定犯罪之合意也。試以殺人罪例之。數人相會。計殺某甲。殺人罪之陰謀也。購買刀劍。赴於犯所。殺人罪之豫備也。振刀

而向以刀刺身。殺人罪之著手也。殺之而斃。殺人罪之實行也。僅有犯罪之意思。法律雖不得處罰。若陰謀以上之行爲已顯於外部時。非不可以處罰者。雖然。陰謀及豫備。其危害及於社會也小。且宜使行爲者自行制止爲宜。故諸國之刑罰令。皆以不處罰爲通則。唯有二三之例外。其著手以上之行爲。不可付之不問。遂不得已以之爲未遂犯而處罰。未遂犯云者。欲犯罪而已行犯罪之事矣。然因意外之障礙舛錯而使之不遂者。是也。分爲二種。

(一) 著手未遂犯 著手未遂犯者。犯罪行爲者。雖著手實行其行爲。然因意外之障錯。而不遂其事之謂。例如欲殺人者。捉刀而向。而忽來第三者阻止之。即此類也。

(二) 實行未遂犯 實行未遂犯者。犯罪行爲者。其犯罪之實行雖終。然不生犯罪構成之結果之謂。例如欲毒殺人。使服毒藥。後被害者自覺。服解毒劑以免於死者是也。

右之二種。其罪惡皆較既遂犯小。故刑亦減等。

### 第二項 中止犯

中止犯云者。犯罪行為者。於既有犯行之後。未至既遂之先。而自止其犯行之謂。以廣義言之。亦未遂犯之一種。故就已經著手。已經實行。而未至既遂之點論。中止犯原與未遂犯相似。所異者。一則因意外之障礙舛錯而致不遂。一則因己之任意而致不遂也。中止犯有政策上認為無罪者。有減等處刑者。日本刑法。無處罰之明文。故可謂為無罪。

### 第三項 不能犯

不能犯云者。行為之性質。不能使生犯罪行為者所豫期之結果之謂也。以廣義言。亦未遂犯之一種。然與普通之未遂犯異。舉其種類如左。

- (一) 關於犯罪目的物之不能 更分爲二。一絕對不能。即目的物全然不存在於世之類。不存在於世之物體。無權利存乎其間。故無侵害之由。
- 二相對不能。即目的物不存在於犯罪行為者所豫期之地之類。如以

樹木爲人而殺之之類是也。

(二) 關於犯罪手段之不能。亦分爲二。一絕對不能。即行爲之手段。不能使生犯罪行爲者所豫期之結果之類。如持空鎗殺人是也。二相對不能。即因運用手段之拙劣。不能使生其結果之類。如以鎗殺人。其距離或失之太遠。其方面或失之太偏是也。

右二種。屬於絕對不能者。視爲不能犯。而謂爲無罪者甚多。若相對不能。多謂宜與普通之未遂犯等。不得以無罪之不能犯視之。

#### 第四項 再犯

再犯云者。前犯罪。受有罪之確定判決。而再爲犯罪者是也。故再犯必具備左之條件。

(一) 同一犯罪行爲者。前此必有犯罪。再犯者。乃對於前罪而言。若前此無罪。是爲初犯。

(二) 前此犯罪。已受有罪之確定判決。初犯之判決確定前。有數罪俱發。

決無再犯。故再犯者。必須有初犯之判決確定。且其判決。須爲有罪之判決。

(三)同一犯罪行爲者。而再爲犯罪。前後無二次之犯罪。非再犯。至前犯與後犯之輕重如何。種類如何。所經過時間之長短如何。諸國立法例。其揆不一。

前科之刑罰。無懲戒之效果。故有再犯。是以對於再犯者。其刑罰加重。諸國之立法例。雖稍有異同。然皆以再犯加重爲原則。至於三犯四犯。更無論矣。

### 第五項 數罪俱發

數罪俱發云者。同一之犯罪行爲者。於未受確定判決之先。二個以上之犯罪。俱爲發覺之謂。故數罪俱發。必具備左之條件。

(一)同一犯罪行爲者。犯二個以上之罪。就此條件論。與再犯相同。但如何情形。始可謂爲犯二個以上之罪。有不能以一言解決者。至犯罪之

時間相同與否。不必問也。

(二) 二個以上之罪。宜未受確定判決者。數罪俱發之與再犯異者。即存乎此。蓋初犯經確定判決而後犯發覺者。再犯也。非數罪俱發也。雖然。數罪之中。其一罪已經確定判決。其餘數罪。未經確定判決者。照數罪俱發例處斷。無不可者。

數罪俱發之處分。主義有三。一併科主義。即各罪併科以相當之刑罰也。二從重主義。即取數罪中刑罰之最重者而處斷也。三制限併科主義。即併科而有限制者也。觀各國之立法例。所採之主義各異。即同一立法例。亦因形情而有變更者也。

#### 第六項 共犯

共犯云者。數人共同而犯一罪之謂。易言之。犯罪之主體有數人也。依犯行之程度方法。分爲正犯、教唆犯、從犯、三種。

(一) 正犯 正犯云者。動手實行犯罪者是也。例如二人協力而殺害第三

者之類。當此時各爲犯罪行爲者。故各科以刑罰。是以數人共犯。甯可加重刑罰。無減輕刑罰之理由也。

(二) 教唆犯 教唆犯云者。使人有爲犯罪之決意者是也。詳言之。教唆犯必具備左之條件。

(一) 有使他人爲犯罪之意思 若與他人協力而爲犯罪。正犯也。非教唆犯。

(二) 爲使他人犯罪決意之行爲 此行爲。即教唆行爲也。教唆行爲。乃使正犯者起犯意之行爲。非自爲犯罪之行爲也。其教唆行爲。不外慫恿、誘勸、哀懇、依賴等數種。

(三) 正犯者須生犯意 是即教唆行爲之結果也。若正犯者不生犯意。則教唆爲無效矣。

(四) 正犯者須行犯罪事實 若正犯者尙未達應科刑罰之程度。則教唆犯者。亦不必科以刑罰。故教唆犯者之科刑罰。與否。以正犯者之

科刑罰與否爲條件。

(三) 從犯 從犯云者。協助正犯者而爲犯罪之謂。即非自立於犯罪實行之地位。不過給與器具。或爲誘導指示之類而已。其罪輕。故所科之刑罰亦輕。

## 第二編 統治權關係

國權者。一對國內而生。一對他國而生。對於國內之國權。曰統治權。統治權者。自國家統治國民之點觀之。爲國家之權利。此種權利。因行動形式之異。而各國之政體以殊。政體區別。種類繁多。論厥大體。括爲三類。所謂君主政體。貴族政體。民主政體。是也。至若統治權之作用。尤爲紛頤。學理區分。不可殫述。考諸國法制之實際。參以學者之論說。證以歷史之沿革。大別爲立法、行政、司法、三種。各因特殊之機關。而發表其作用。今日日本憲法。亦沿用此制。然相互之畛域。既生。實際之溝劃難確。而學者之見解。亦各衷一是。是以本編本諸國法制之實際。學者普通之學說。就統治權之性質。統治權行動之形式。統治權之作用。統治權行使之機關。陳述其大綱而已。非敢與論高深之學理也。

## 第一章 統治權之性質

## 第一節 統治權之觀念

國家之權力曰國權。自統治國民之點觀之。曰統治權。質言之。國權者。權力也。統治權者。權利也。即國家對於國民命令強制。單一不可分之權利也。今分析釋之如左。

一、統治權者。權利也。國權一面爲統治國民而生。故國家對於國民之命令強制。爲國權之活動。國家此種權力之事實。存在於法律以前。惟爲法律所認定。遂爲法律之權利。故曰法律上之統治權。權利也。

二、統治權者。國家之權利也。國權既爲國家之權力矣。故爲法律上權利之統治權。爲國家之權利。因之統治權之主體爲國家。

三、統治權者。國家對於國民之權利也。統治權者。爲國家對於國民之權利。非國家對於他國之權利。故就行使地域之範圍而論。行於國家之領土內者。爲國家之權利。蓋國家之領土。即爲統治權活動之範圍。故因國家任意停止統治權活動之外。例如領土內有治外法權區域。

統治權於領土內。無不到達之部分。今有殖民地如此。其發達之程度。已成爲完全之國家。然內部雖實際獨立。若外交上之政治機關。尙必依賴母國者。仍不失爲母國之統治權。英吉利於加奈陀之關係是也。若母國對於殖民地。法律關係斷絕。爲母國命令所不能及。則不得認母國之統治權。千七百七十八年以後。英吉利與北美合衆國之關係是也。其他雖無母國子國之關係。而從來統治權行於版圖內之一局部。忽生統治權不能及之事實。例如奧斯 *Alsace* 鹿林 *Lorraine* 爲德意志領土。臺灣入日本版圖是也。凡如此類。若英、若法、若中國。非分割其統治權之一部。付與美德、日本也。乃因領土之變更。而統治權之範圍亦有變更也。論其關係。宛如人體之一局部。忽生異狀。而意思之勢力。遂不能達局部也。例如人體健全。絕無異狀。體中各部分。莫不從意思之命令。而自由動作。若一手一足。忽生異狀。因之斷截其手足。而意思之命令。遂不能達於手足。此際人身狀態。不過受意思命令之局部有變

更而意思之一部。固不與局部之斷截。同歸消滅也。然統治權不能達於領土內之一局部者。必國家明認或默認其一局部。在統治權範圍之外。何也。無論何種國家之命令。於其領土內之各部分。必完全服從也。若僅以命令不達其地域一事。不認統治權之存在。惟版圖遼濶之國爲然。例如中國、如俄羅斯。往往對於領土之大部分。有不認統治權存在之事實也。

四、統治權者。國家命令強制之權利也。國家之欲統治國民也。非命令其爲積極消極之行爲。且強制履行者。不能達其目的也。詳言之。國家統治國民之道。實存於命令強制之中。故命令與強制。統治權之內容也。然國家之行動。非皆爲命令與強制。國家之意思。非盡爲統治權之作用。國家之權利。非盡爲統治權。惟其權利中。對於國民命令強制之權利。爲統治權。是以國際關係。不容統治權之觀念。例如宣戰講和締結條約是也。國家私法上之關係亦然。例如國家與私人立於對等之

地位。爲私法上之契約關係是也。以是知國家不僅爲統治權之主體也。論者或以統治權爲國家意思行動之全體。國際關係。私法關係。皆包括於統治權之中。誠誤解也。然命令強制之權利。非獨國家有之。公共團體。對於團體員亦有之。惟公共團體。一面有團體之人格。一面爲國家之機關。自有其權限耳。由是而論。國家之統治權。固有之權利也。原始之權利也。公共團體之權利。國家所付與之權利也。承受之權利也。得以國家之法律左右之也。因之公共團體對於國家。有行其權利之義務。有行其權利之權利。是則公共團體之權利。與國家之統治權之所以異也。

五、統治權者。國家單一不可分之權利也。統治權非權利之集合。猶天無二日。可一而不可二者也。若國家統治權。分裂支離。則動輒矛盾。國民將靡所適從。日本憲法。天皇以議會之協贊而行立法權。裁判所以天皇之名行司法權。是行政立法司法。皆統於天皇之一身。天皇爲統

治權之總攬者，是雖由日本國體使然，然不得不謂統治權之性質，爲單一不可分之權利也。

## 第二節 統治權與複合國家之關係

統治權爲國家最高權與否，且無限制與否，大爲學者所論議。其論議之所由生，在國家之單一與複合。單一國家，爲純一國權統治之國家。其統治權爲國家最高權，且無限制。例如日本是也。複合國家，爲國權重疊之國家。定統治權及主權之觀念，頗不易易。其組織複合國之各國家，果有國家之人格乎？若謂其有國家之人格，則其統治權之性質，果與單一之國家相若乎？是皆爲集議之點也。

國家合同之狀態，別爲四種。一曰身上合同。(君合國)一曰物上合同。(政合國)一曰國家聯合。一曰聯合國。身上合同之國家者，謂偶然之事實。因君位繼承之順序，戴同一之君主也。自千七百十四年至千八百三十七年，英國與漢那耳國。Hanover 戴同一之君主。爲其適例。及維多利亞 Victoria

女王即英國王位。漢那耳國以不戴女王。兩國遂解身上合同之關係。而各自爲國焉。又千八百八十五年以來。比利時與亞非利加之孔哥 Congo 亦爲此種合同。凡如此者。兩國政治上。影響極大。然亦不過爲國家事實上之聯合。於法律上無關係。國法及國際法。二國全然各有其人格。其統治權。亦與單一國家相同。爲最高而無限制。二國雖同一君主。然有時互爲戰爭。無不可者。物上合同之國家。不僅事實上之聯結。且爲法律上之聯結。其聯結之二國家。因條約與共同之基本法律而成立。如瑞典那威。因千八百十五年七月三十一日之條約合同。而有共同之憲法是也。又如奧大利匈牙利。因千七百二十三年之基本法。Pragmatic Sanction 及千八百六十七年之協約合同。而有共同之憲法是也。由是而論。物上合同者。非僅爲事實上之合同。必因條約與基本法而成立。且不僅戴同一之君主。而其國家機關及國家制度。亦多有共同行之者。奧大利之與匈牙利。瑞典之與那威。皆戴共同之君主。而其關於外交之宣戰講和及政治

同盟。皆共同行之。要之物上合同之國。國法上各設相異之制度。成各別之國家。國際法上則全爲一國之行動也。又物上合同國之統治權。非最高無限制。此又與身上合同國相異者也。

國家聯合。即所謂聯邦。爲數國對於他國共同防衛而發生。千八百十五年以來。至千八百六十六年之德意志聯邦。爲其適例。蓋德意志諸國。受拿破崙之強壓。互相結合。組織聯邦。其組織聯邦之各國。各維持其主權。且爲普通政治同盟之團結。外交軍事。多共同處理。各國派遣代表者。組織聯邦會議。爲內治外交之協議。然此不過爲獨立國家間之條約關係。而聯邦之權利主體。非存於各國以外也。申言之。聯邦間之關係。爲國際之關係。非有國法上國際法上之權利也。是以聯邦之行爲。爲各國之行爲。聯邦之意思。爲各國之意思。因聯邦會議各國代表者之協議。合多數之意思而成。非由一意思而成也。然聯邦會議。非採多數決之方法。終不能協同一致。迄於今日。聯邦制度。雖歸消滅。然所謂聯合國家。即合衆國。

實以聯邦制度爲基礎。而爲國法上之結合。對於各邦各州之關係。以國家之基本法定之。爲國法上法律關係之主體。今之德意志、北美合衆國、瑞西。皆屬此種之國家。以憲法爲現時國家組織之基本。戴同一之皇帝。或大統領。各邦各州議會裁判所之外。有共同之議會。與最高裁判所。國際關係。國法關係。皆爲同一之國家。惟各邦各州。各自有其統治權。而其統治權。爲固有之權利。非由委任而來。此其與公共團體之所以異。雖爲歷史所產出。抑亦國家之變體也。由是而論。聯邦制度之發達。遂進而爲聯合國家。聯合國家中央權力之擴張。又將進而爲單純國家。時勢所趨。烏可以已。則雖謂今日猶爲過渡時代。無不可也。

### 第三節 統治權與主權之關係

上古中古時代。皆以主權爲神授。君主受神命而統治國家。斯時最高之權力爲神。雖君主亦不能不從神意。觀神聖羅馬皇帝有極盛之權力。猶爲羅馬法王所掣肘。則當時主權之語。非指最高權力而言。指權力之優

勢而言也。及法之波丹 Baudin 出。研究主權之觀念。精密推察。遂謂主權爲最高之權力。且無限制。爲不受他種羈束之力。然當時國家之觀念。尙未爲抽象的解釋。且尙未與君主人民相分離。故因一國之政體。而主權或在君主。或在人民。迨第十七世紀。君主主權。與人民主權之觀念。經學者之探討。大爲發達。當時歐洲之時勢。歡迎人民主權說。而盧騷之健筆。遂激成法國之革命。自是厥後。諸國憲法之制定。一以使從來之專制君主國。變爲立憲君主國。從來爲主權者之君主。變爲受憲法之限制。一以使國家觀念之發達。以國家爲一人格者。遂至君主人格。與國家人格。全相分離。雖君主國。主權亦不在君主。雖民主國。主權亦不在人民。與代表國民之議會。而皆在國家。所謂爲主權者之君主。爲主權者之人民。與爲主權主體之國家。全生甄別之觀念也。今雖尙有沿用君主主權。人民主權之名稱。以君主人民爲主權者。然其所謂主權之主體。非指有主權者而言。指統治權之總攬者而言。無他。君主與人民。皆無主權也。雖然。獨立

之國家。不可無主權。其謂君主人民爲主權者之主權。與國家之主權。全然殊別也。

由是而論。主權者。國家之最高權力也。申言之。統治權之最高。不受他權力之羈束。而有獨立之狀態者。曰主權。主權既爲國家最高之權力。故其活動無限制。然亦以法律上之無限制爲限。無他。主權或因自然之力而受限制者。例如任以如何之權力。不能變男爲女也。或一國之主權。因他國家之實力而受抑壓者。蓋人有賢愚。國有強弱。人人法律上平等。國家亦於法律上平等。其因自然之力而受限制。又如事實上之不平等。非有碍於主權活動之無限制也。主權於法律上。既爲不受他權力限制之權力。故學者以主權於形式上爲萬能也。形式上之萬能。實質上無妨有限制。彼爭論主權果爲萬能與否者。坐不明此理耳。要而論之。主權者。無限制之權力也。國家之目的。有限者也。主權固得行於國家之各事物。而國家之各事物。而國家之政務。自有一定之範圍。此所以謂國家之主權。於

實質爲有限。於形式爲萬能者也。夫惟如是。故以主權爲最高無限制之統治權也。然統治權非常爲最高權。在單一國家。統治權之上無統治權。故其統治權常爲最高權。若北美合衆國。若德意志聯邦。若奧大利。若匈牙利。若瑞典。若那威。之複合國家。各州各邦統治權之上。更有中央權力之統治權。因而各州各邦之統治權。不得爲最高權。僅中央權力爲最高權。其所以爲獨立國家者。在實有此中央權力之最高權耳。雖然。最高權非爲統治權之要素。無最高權力之統治權。亦爲統治權。無主權之國家。亦爲國家。惟無主權之國家。非獨立國家耳。學者或謂主權之文辭。僅有政治上之意義。或唱主權可分論。是皆誤解主權之觀念也。

爲主權之統治權。嘗因國家之自由意思而受羈束。即與他國締結條約。及自制定法律必遵守之者是也。然則爲主權之統治權。斯時尙得謂爲無限制乎。曰。然。因已之意思。任意與他國締結條約。貢國際法上之義務。皆統治權之無限制者也。惟其無限制。故有與他國締結條約與否之自

由。既締結之條約。必誠實遵奉。爲文明國國際之通義。因法律而受羈束者亦然。蓋法律決不限制主權。惟國家既制定法律。則國家之行動。自不能不從法定之形式。法律雖限制國家機關之行動。然非限制主權。謂國家遵守條約法律爲限制與否。屬用語者之自由。余不謂之爲限制也。彼謂憲法爲限制主權者。亦同一誤解也。

#### 第四節 三權分立論之誤謬

孟德斯鳩三權分立論。一時震蕩歐洲。爲世所稱道。顧權力分立論。非自孟氏始。實權輿於希臘之亞里士多德。其後英之陸克。亦唱其說。迄孟氏而始完成。孟氏研究英之政治及制度。論立法、行政、司法、三權分立。爲英國憲法之精華。政治之自由。皆賴三權之分立。蓋議會。有立法權。君主握行政權。裁判所行司法權。三權獨立。各不相侵。政治自由。始得完成。若議會兼有行政權。則橫暴將無所不至。若君主兼有立法權。則專制之流毒無已。若裁判所兼有立法權。則人民之生命財產。將一日不得鞏固。是以

議會於立法之外。君主於執行法律之外。裁判所於適用法律裁判之外。皆不得有侵權越限之事。此所謂三權分立論之精神也。雖然。英國制度。甯曰三權調和。決非三權分立。孟氏誤解英國制度。謂爲分立對峙。而不謀統治權之統一。誠爲誤謬之學說。迄於今日。已無足爭。惟當時歐洲諸國。久壓惡君主專制之政治。如渴者思飲。饑者思食。孟氏學說。遂大受歡迎。皆取英爲模範。由是而成革命。而爲憲法之制定。而爲議會之創設。君主專制之政治。全歸消滅。其改革之端。皆以法蘭西爲中心。波及於歐洲大陸。是則孟氏之三權分立論。影響於諸國政治者。亦大矣哉。

三權分立論。謂之爲政治論。猶爲有價值之學說。蓋其救當時人民之塗炭。於實際大有裨益也。若謂爲法律論。則大爲近時學者所疑。蓋統治權分而爲三。各相獨立對峙。將何以爲三權之調和。若議會侵行政權。君主侵立法權。將何所據以爲裁制。又若議會不行立法權。裁判所不行司法權。將何所據以爲強制。徒分割統治權。而不謀所以調和之策。專制雖因

而絕跡。而統治權則支離滅裂。人民無所適從。故曰三權分立論者。謬論也。蓋統治權。非多數權利之集合。實爲單一之權利。惟夫統治權之作用。則可得而分之。譬諸所有權。所有權雖單一。而其作用。則分爲使用、收益、處分三者。統治權之作用。分爲立法、行政、司法三者。亦猶是也。故曰立法權、曰行政權、曰司法權者。非統治權分割之稱。實由作用之差異而生區劃耳。

## 第二章 統治權行動之形式

### 第一節 君主政體

#### 第一款 專制君主政體

儼然居法蘭西之王位。揮赫赫之威權。路易十四世宣言曰。朕即國家也。*L'état c'est moi.* 斯語可謂揭專制君主政體之特質而有餘矣。當第十七世紀之前後。歐洲諸國。統治權行動之形式。概爲專制君主政體。君權之盛。莫甚於此時。蓋在當時。君主爲國家之化身。君權爲國權之別名。近世

國法學發達。國家人格與君主人格。全然殊別。惟往時觀念。尙有遺留耳。近世國法學所謂專制君主政體者。指無憲法之根本法。法律之制定。不俟議會之議決。一切統治權。爲君主任意行使之政體而言。非謂以君主爲國家之化身也。是以專制君主國。不能謂其全無國家之根本法。惟無憲法之根本法耳。又非謂一切國務。皆君主親裁獨行。惟隸屬於君主之多數統治機關。君主得自由廢置任命。無保障其存立之根本法耳。

自理論上而言。專制君主政體。固不得爲正軌。然政體者。非有絕對之良否也。所謂良政體者。謂與當時人民之性質。及文化之程度相當耳。故古時御未開之民。雖以專制政體。無不可也。又若版圖遼濶。尙有未開之民。如俄羅斯。如中國。今日尙未改此政體者。亦有故也。特專制政體之國。弊害叢生。利君主之一身。絞羣黎之膏血。虐待人民。視同奴隸。君主而賢明也。得獲意外之功績。君主而暴戾也。則生民塗炭。將靡所底止。而况賢明君主曠世不一遇也。

## 第二款 立憲君主政體

專制政體之弊。達於極端。而歐洲之歷史。遂產出立憲政體。此種政體。因有憲法之國家根本法而成立。一定之國家機能。必以一定機關之參與爲條件。而奉戴君主。故曰立憲君主政體。其條件之重要者。立法豫算。必俟議會之議決。司法必裁判官適用法律於裁判所行之。然論憲法沿革之意義。實由孟德斯鳩三權分立論而來。第十九世紀。歐洲諸國。莫不採用。日本憲法。亦規仿歐洲。今日世界強國。殆將絕專制之跡矣。惟立憲政體之諸國。憲法上統治權之行動。定君主與國民之法律關係。多以君主爲統治權之統攬者。而君主之總攬統治權。亦必據憲法之條規。不據憲法之條規者。爲君主之行爲。不生法律之効力也。其不制定成文憲法。惟以單行法律慣習。爲憲法政治者。例如英吉利是也。是以成文憲法之有無。非立憲政體必要之條件。而有成文憲法之國。統治權之行動。及君主與國民之關係。非必盡網羅於憲法之中。而立憲君主國之君主。亦非盡

爲統治權之總攬者。例如德意志帝國。雖爲變體之國家。不可爲立憲君主國之常例。然統治權之總攬者。在聯邦參事院。而不在皇帝。又如英吉利統治權之總攬者。爲君主與議會是也。要而論之。立憲君主國之君主。其不爲統治權之總攬者。不必論。雖爲治權之總攬者。然亦不得如專制國之君主。一切施政。得任己意爲之。故立法及國家歲出入之豫算。必俟議會之議決。司法必俟裁判所之執行。一切政務。必俟國務大臣之輔弼。負其責任。君主絕不任施政之責也。是以論者往往謂立憲君主國之君主。雖如何闇愚。而於其國之盛衰隆替。全無關係。信如是說。是立憲國之君主。僅爲議會國務大臣之傀儡。然立憲國君主之地位。決非無勢力如此。今舉例以證之。(一)選擇國務大臣。原出君主之意。若君主無知人之明。則選任必不能得其人。(二)立憲國之君主。有裁可法律權。有不裁可權。若君主庸闇。則不免誤用裁可權。(三)立憲國之君主。有宣戰講和。締結條約。解散議會之權。若君主昏庸。則處置國事。必失事機。僅舉數端。其及於國

家之利害關係已如是。況國務之重大者。有不遑枚舉者乎。蓋立憲君主政體之特質。在調和君主貴族富豪平民諸階級之權勢。矯正專制君主國之君主權。民主國之民主權。趨於極端之弊。故自理論上而言。爲適當之政體也。惟施諸於不重秩序思想激烈之國民。頗不易易。即強施之。亦終不能繼續也。法蘭西嘗採用此政體矣。未幾而輒變更。是其例也。

## 第二節 貴族政體

貴族政體者。謂國內之貴族。總攬統治權之政體也。此種政體。無所謂憲法。其爲元首之貴族團體。行立法權。不求決於議會。頗與專制君主政體相類似。其以合議體爲國家最高機關。又與民主政體相類似。是以學者或謂合貴族政體民主政體之二者。曰共和政體。不知二者僅外形相似。實質則有天淵之殊。蓋統治權握於數人之手。與民主主義。相去不可以道里計。故以二者相似。並稱之曰共和政體者。殆未察事之實際也。要而論之。貴族政體者。以明達之少數者。統治凡庸之多數者。爲此種政體之

精神。若以世襲政權專攬國政。則全與此種政體之精神相矛盾。何也。厥父賢明。厥子未必賢明也。雖然。掌握政權之當局者。果賢明與否。誰得而黜陟之。究其所歸。終不過利用優勝劣敗之天則。強者壓服弱者而已。是則此種政體。謂爲勢力主義之實行可也。蓋無論社會。無論國家。其據優勝之地位者。多不欲其社會國家之變革。爲人情之常。是以貴族政體之掌握政權者。亦不欲其政治之變革。必極力維持保守。亦勢使然也。彼欲行急激之改革者。雖或招政治上之失敗。然不圖革新之事業。阻礙國運之進步。又烏能立於生存競爭之世哉。

### 第三節 民主政體

#### 第一款 民主共和政體

民主共和政體者。謂主權在人民。人民分而爲被治者。合而爲治者之政體也。然今日學說。君主既非主權之主體。人民亦非主權之主體。主權之主體。實爲國家。是以君主非國家。人民亦非國家。彼謂君主即國家。又謂

主權在人民者。爲事實上政治上之趨勢形容語耳。此種政體。以憲法爲建國之大本。議會及大統領。依據憲法。行立法權行政權。而以議會爲國家最高機關。且爲總攬統治權者。議會代表人民。實爲國家最高機關。與立憲君主國之君主相若。大統領無論其爲由人民直接選舉。或由議會選舉。皆在議會之下。議會之權限。爲立法權。大統領之權限。在行政權之上。蓋議決採合議體。執行以一人爲宜。故置大統領爲行政長官。當執行之任。是以大統領非總攬統治權者。而其權力終不能及君主政體之君主也。

民主共和政體。以民權平等爲特質。然當其行使選舉權也。常不達國民總體之半數。又或一黨派有勢力。其他諸黨派。不得不屈伏於在朝黨勢力之下。名曰平等。實非均勢。且在朝黨往往不統籌國家之全體。不熟計將來之利害。不判斷行爲之得失。徒計一黨之利益。而釀非常之災害。又如大統領當施政之始。急欲迎合人民之意思。轉失政府之威嚴。致使人

民以政府之當局者爲傭人。爲代理者。流弊所極。可勝言哉。

## 第二款 民主專制政體

民主政體。多爲共和政體。然亦有例外者。民主政體而爲專制政體是也。此種政體。曰民主專制政體。克林威爾 Cromwell 時代之英國爲然。那破崙一世。那破崙三世時代之法國亦然。當此時代。號政體曰民主。謂主權在人民。天下旣久。厭革命與多數政治。亟思得一豪傑。以求安寧秩序。而當時儼然擁握兵權。超絕羣倫之豪傑。遂因人民之渴慕。得多數之投票。即君主之位。爲人民之代表者。昔之實權。今因選舉而爲法律上之權力。爲人民之受任者。握民主共和國議會以上之實權。實則與專制君主國之君主相若也。此種矛盾之政體。終不能久持。或變爲純然君主政體。或變爲純然民主政體。迄於今日。僅存其名而不見其實耳。

## 第三章 統治權之作用

### 第一節 立法

## 第一款 立法觀念

法律之觀念。既有實質形式之區別。立法之觀念亦然。普通所謂立法者。制定實質的法律也。立憲國所謂立法者。制定形式的法律也。實質的立法。不問形式之如何。制定抽象的法規。而爲統治權之作用也。形式的立法。不問實質之如何。經議會之議決。因法律形式。表示國家意思。而爲統治權之作用也。歐洲立憲國。實質的立法。以包含形式的立法爲原則。故制定抽象的法規之作用。常屬立法作用。因國家元首之單獨行爲。制定法規者。以有法律之委任爲限。日本則除憲法立法事項限定之外。得以天皇之單獨行爲。制定法規。故憲法限定立法事項之外。經議會之議決。表示國家意思與否。屬天皇之自由。惟經議會協贊。表示國家意思者。不問其有實質與否。名之曰法律。不經議會協贊。表示國家意思者。其法規雖有實質。名之曰命令。與法律相區別。是以日本法律之觀念。與定法規爲命令之觀念。絕不相關聯。而所謂立法者。常屬制定形式的法律之作

用。實質的立法。未包含其中。憲法第五條。天皇以帝國議會之協贊而行立法權者。蓋指此而言也。然屬於帝國議會之權限。非僅定法律內容之行為。凡議定國家歲出入之豫算。受決算之報告。承諾豫算外之支出。與緊急勅令。及上奏天皇受理國民之請願。皆屬議會之權限。惟此等權限。屬議會內部之作用。非統治權之作用也。

## 第二款 立法之手續

### 第一項 法案之提出

立憲國立法之手續。必經法案之提出。及法案之議決。二階級。法案之提出。爲法律制定之第一階級。謂具法律之議案。提出於議會是也。故與立案。發議。不可混同。議會議事之先。必須立案。然屬事實上之行為。非立法手續要件之提出行為也。世俗往往以發議與提出混同。謂議員發議議案。爲法案之提出。不知議員以議案爲議題。爲議案之發議。非法案之提出也。惟其議案付以議事。得一院多數之贊成可決者。移之他院。始爲法

案之提出。例如政府提出法案於衆議院。議事之手續既終者是也。又如衆議院提出法案。議員可決發議之議案。移送於貴族院者是也。

提出法案之權限。即爲法案提出權。有君主獨行之者。然多數之法制。政府及兩議院。皆有提出權。日本憲法亦然。法案之提出。有種種之限制。如一院否決之法案。同會期中不得再提出。其一例也。但次會期可得提出。蓋立法與時勢相推移也。日本憲法。經兩議院議決上奏之法案。至次會期前裁可者。其法案爲有效。至次會期前未裁可者。其法案視同消滅。次會期得再提出也。又同一法律案。得同時提出於兩院與否。日本議院法第五十三條規定之曰。兩院之內。孰先孰後。以便宜從事。惟關於財政之法案。先提出於衆議院耳。

## 第二項 法案之議決

法案提出於議會時。兩院各有議決之權限。法案之議決者。謂提出於議會之法案。討論審議。確定法案之材料也。其順序如左。

一、討議 法案提出時。議長記之於議事日程。付之院議。議事日程之原則。先議政府提出之議案。

二、修正 兩院所議之法律案。各得修正。然有關於財政之法案。上院無修正權者。又有修正權。而兩院之權限各異者。日本則兩院皆爲同等。政府自提出之議案。無論何時。皆得修正。

三、撤回 政府自提出之法案。無論何時。皆得撤回。議院自提出之法案。不得撤回。蓋議院提出之法案。既經議院之議決。其不得撤回者。猶議決之不能取消也。

四、議決 日本兩院議決法案之手續。帝國憲法、議院法、議院內部議事規則。規定之。法案於各議院。經三讀會爲議決。(議院法二七)多數法制。皆採此法。第一讀會。就法案全體。議定必要與否爲目的。通常此次讀會之終。付託委員審查之。若第一讀會。議定不可付與第二讀會者。其議案廢棄。第二讀會。以逐條審議法案爲目的。故議員就法案之各條。有

可否之權。有修正之權。第二讀會。就原案之各條。議決爲可決。或否決。或修正者。法案各條之實質始確定。第三讀會者。以討論審議法案大體之可否爲目的。議員猶有修正權。此次讀會。否決原案時。其議案亦爲廢棄。若各議院履行三讀會之手續。兩議院共相一致時。法案確定之手續。始告完成。若甲院移於乙院之法案。乙院否決時。該法案歸於消滅。又若乙院修正之後。還之甲院。甲院與乙院之修正同意時。法案亦確定。若甲院與乙院之修正不同意時。開兩院協議會協議之。經各院之議決。而後協定。日本經兩院議決之法案。由最後議決議院之議長上奏之。

### 第三款 立法與法案裁可之關係

立法之手續。有因議會之議決而完成者。如民主國之法案。經議會之議決。大統領無拒否。無求再議之權。其法案即爲法律而成立。然亦有大統領無拒否權。而有求議會再議之權者。如法蘭西是也。君主國立法之權

限。屬於君主。議會之議決。不過爲君主行其權限之條件。而法律之制定。必俟君主之裁可。僅有議會議決。而君主未裁可者。不過爲法案而已。蓋法律之內容。雖因議會之議決而確定。而法案之爲法律。必俟君主之裁可而始成立也。政府提出之法案。議會不加修正而可決者。得爲法律與否。亦屬君主之自由。日本憲法。採用此制。所謂法案之裁可者。謂認可議會議決之法案。付與法律效力之命令也。日本法案之裁可。因天皇親署法案。鈐御璽而成立。故此種法制之立法。非因議會之議決。而手續完成。實因君主之裁可。而始告完成。是以學者論此種法制。以裁可爲立法行爲也。又君主不裁可法案而拒絕之者。曰不裁可權。日本天皇。有不裁可權。固不待論。然憲法議院法。皆未明定其方式。惟議院法第三十二條云。經兩議院之議決。上奏之議案。被裁可者。至會期前公布之。故至次會期。前未公布之議案。可知其未裁可也。然同爲君主國。亦有因其國之組織沿革之異。而法案之裁可權。不屬於君主者。例如德意志帝國。帝國議院

及聯邦參事院。有議決法案之權限。聯邦參事院有裁可權。皇帝僅親署聯邦參事院裁可之法律。證明其法律爲正式成立。有頒布之權耳。又如英吉利。以理論而言。君主固有法案之裁可權。然以事實而論。則不曰裁可。而曰君主之同意。Royal assent 與議會之議決。全爲對等之行爲。千七百九十一年法國憲法所定者。亦與此相同也。

#### 第四款 立法與法律公布之關係

法律制定之手續既終。固可謂完成之法律而有效力。然使人民遵奉法律。則不可不公布之。公布者。既完成之法律。付與羈束力之行政行爲。近世文明諸國。常設一定之形式。日本命法律之公布。與法案之裁可。皆屬天皇之大權。歷來學者。關於法律公布之性質。其解釋有二。(一)法律因裁可而成立。公布者。惟付與檢束力之行爲。此余所服膺之說也。(二)人民因法律而得權利負義務者。常以法律之公布爲標準。故法律因公布而始成立。裁可與成立無關係也。爲是說者。蓋僅就外形觀察。而未熟察裁可

及公布之本質耳。

法律一經公布。當局官吏。即有執行之義務。普通人民。即有遵守之義務。縱令實際雖有不知法律之確證。終不能免遵守之義務。所謂不知法律者不宥恕之法語。即指此而言也。然半開以下之諸國。雖成文法亦不公布。例如聖德太子之憲法十七條。北條之貞永式目。德川之百條。皆爲有司之處務規程。人民莫由窺知者是也。德川百條之內有曰。諸官吏外不可使他人見之。可以推知當時之情狀矣。蓋不使人民知法律之主義。無論東西。往古皆然。今日文明國中如英吉利。亦無公布式之制。此由於法律因君主之同意。直生羈束力。不別用公布之形式。爲立法之變例。非近世文明國之通義也。

#### 第五款 憲法之制定及變更

憲法者。定國家根本之組織。爲統治之大典。上明政體。下保國民之權利。統治之機關因之而動。統治之機能因之而全。實國家之幸福。文明之精

華也。然徵諸史乘。瀏覽載籍。歐美諸國之有今日之憲法者。莫不由濺血悲慘犧牲經營而來。試觀英國憲法基礎之大憲章。非英人憤約翰王之壓制橫暴抗爭而得乎。美國之憲法。非獨立戰爭之產物乎。若夫法蘭西之憲法史。尤爲歷史中最慘之局。前後革命至十餘次。史家記錄。無不爲虐殺黨爭。戰鬪之事。實有令人不忍卒讀者。又若德意志之憲法。亦由數萬生靈。暴骨於法蘭西之郊原。非可以倖致也。獨是日本憲法之成立。乃由明君在上。鑒於世局之進運。人文之發達。欽定不磨之大典。僅改革之初。在野政客有民選議院之唱道。國民有議會開設之請願。非如歐美諸國之有悲慘之歷史也。故謂日本憲法。非革命爭亂之產物。爲紹述歷世統治之洪範。無不可也。

憲法之制定。爲歷史上之事實。且爲諸國特有之事實。是以規定之法制。不可以一概論也。學者或因制定方法之異。區別如左。

一、欽定憲法 欽定憲法者。謂君主自制定之憲法。此種憲法之制定。立

憲者即爲立法者。如日本憲法是也。

二、民定憲法 民定憲法者。謂因人民之協議制定之憲法。如法蘭西憲法。比利時憲法是也。此種憲法之制定。立法者與立憲者各殊。蓋通常立法議會。不得制定憲法。必特別召集立憲議會。而後制定之也。

三、約定憲法 約定憲法者。謂以盟約制定之憲法。或由君主與臣民之約定。例如英國憲法是也。或由複合國組織各邦各州之條約而定者。立憲國之憲法。爲萬世不磨之大典。若一旦廢止之。或全變更之。則其國必爲革命。革命之事。非法學所攻究者也。然有因時勢之變遷。或改正憲法中之一二條項者。其改正之手續。或與制定之當時同。設特別機關之制者。或採通常立法機關之制者。其採通常立法機關之制者。或與通常法律爲同一之手續。或較通常法律手續更加鄭重。日本憲法發布之詔勅有曰。將來有必須改定憲法之條章時。朕及朕繼續之子孫。執發議之權。付之議會。議會本憲法所定要件之外。朕之子孫及臣民。不得紛更。」又

憲法第七十三條云：「憲法條項將來有必須改正者，以勅令付帝國議會議決。」由是而論，憲法改正案，以勅令付帝國議會議決之外，議院與議員皆不得提出議案及發議也。攝政無改正憲法之權，故攝政之時，不得授憲法改正案於議會。(憲法七五)其以勅令付憲法改正案於議會時，兩議員非各有總員三分之二以上出席，不得開議，出席議員非得三分之二以上之多數，不得爲議決。(憲法七二、七二項)是較普通法案之議決，其手續更加鄭重也。然改正案雖經議會議決，而未裁可者，當然歸於消滅，其裁可公布者，與普通之法律無異也。

#### 第六款 皇室典範之制定及變更

皇室典範之性質，學者或謂規定皇室內部事項之家典家法，是蓋由德意志諸國王室家典之觀念而來。然以德意志論，王室家典，將謂本於國家之命令權乎？抑出於王室之自主權乎？頗爲學者集議之點。以余觀之，日本皇室典範，不僅爲皇室之家法，爲規定關於皇室事項之國家命令。

與憲法同爲國家之根本法也。蓋皇室典範中所規定皇位繼承順序攝政設置世傳御產諸事項。決非皇室內部之事項。實爲國務中重大之事項。易言之與憲法異其系統之國家根本法也。惟其系統不同。故其變更手續。亦與憲法各殊。不經議會之議決。直諮詢於皇族會議及樞密顧問而勅定之。且不得以皇室典範變更憲法之條項也。(憲法七四二項)按憲法及皇室典範之條項。皇族非普通之臣民。其地位及權利義務。亦不能適用普通之國法。然從來法令中。規定皇族得適用之者亦多也。

## 第二節 行政

### 第一款 行政之觀念

行政之觀念。學者各殊其說。以實際而言。亦不易明確。若以廣義釋立憲國之行政。則司法亦包含其中。與議會之立法。爲相對之名詞。其與司法相區別者。本歷史之沿革。除通常裁判所維持法規之作用而言耳。近世國法學者。論行政之觀念。分爲實質形式二種。實質行政者。保護增進其

國家國民之利益。於法規範圍內。國家之活動。爲具體的處分也。所謂以保護增進國家國民之利益。爲直接之目的者。與僅以維持法規爲目的之作用(即實質的司法)不同。所謂具體的處分者。與關於特定事件。定抽象的法規之法律(即實質的法律)不同。質言之。行政者。其直接之目的。在保護增進其國民民福。其直接之手段。在執行法規。於法規範圍內。爲便宜處分者也。彼維持法規者。非直接之目的也。是以國家設立司法機關議會、裁判所之外。特設行政機關。執行行政事務。其權限之原則。實在實質行政行爲也。然在國家活動多端多歧之行政機關。無論行動實質如何。總稱行政機關。關於其權限內活動之全體。曰行政。學者所謂形式行政。即指此而言也。要之行政之觀念。或採實質意義。或採形式意義。各因觀察之方面而殊。今日立憲國之行政。概爲形式意義也。

### 第二款 行政與君主大權之關係

立憲君主國中。有因國家之組織沿革。而以君主爲統治權之總攬者。凡

立法司法行政一切國家之機能。悉操於君主之手。惟一定之國家機能。必俟一定統治機關之參與。爲憲法上之要件。是以君主行立法權。必俟議會之議決。行司法權。必通過於裁判所。其他一切國家政務。皆爲統治權總攬之君主親裁獨行。或使直隸機關行之。非有背於憲法也。故此種法制。以理論而言。立法司法以外。各種國家機能。皆爲君主之親裁獨行。以實際而論。多使各種機關行之。其親裁獨行之部分。是爲君主大權之範圍。屬於直隸機關權限之部分。是爲行政之範圍。此君主大權與行政之區別也。所謂直隸機關者。即爲行政機關。據此法制。君主得自由定各部之官制。任意組織行政機關。然若議會之組織。裁判所之構成。必本憲法與法律之規定。不得以君主一人之意見。輒有所更張也。故行政機關者。直隸於君主。而議會裁判所者。與君主相鼎峙之獨立機關也。雖然。憲法上屬於君主權限之事項。亦有以法律委之於議會及裁判所者。故議會。有時或爲實質行政。有時或爲實質司法。而不僅以參與立法爲其權。

限也。裁判所有時或爲實質行政。有時或爲實質立法。而不僅以參與司法爲其權限也。相互之間。頗極錯雜。而皆無所妨於君主之大權也。又此所謂親裁獨行者。雖必俟國務大臣之輔弼翼贊。然當君主之行大權也。所謂大權者。爲君主之大權。非國務大臣之權限。國務大臣。僅有輔弼之責任耳。法之孔子丹謂孟德斯鳩三權分立論。分割國權。不謀調和。深爲遺憾。且謂立法行政司法三權之外。尚有節制權。節制權之本質。非直接關與各種國家機能。惟介在三權之間。限制之調和之耳。故對於行政權。有黜陟大臣權。對於立法權。有解散議會權。對於裁判權。有恩赦權。以爲限制調和之方也。孔氏又謂行政權。不在君主而在大臣。君主者。統而不治。擁虛器而已。此亦極端之論。故氏之所謂節制權。與近世立憲君主國所謂君主之大權各殊也。英國國法。多數之政務。變爲議會與君主之共同權限。而君主或以某種特權。留於掌握中。馴致習爲慣例。又歐洲國家。有君主收集向所未有之權利。操諸於己。遂謂此種權力權利。曰特權。曰

高權曰大權。然與此所謂大權。其本質全異也。

君主之大權。以廣汎而言。不可勝述。今舉日本憲法。屬於天皇之重要者  
(一)裁可法律權。及命公布執行權。(二)召集議會。命開會閉會停會及衆議  
院解散權。(三)發緊急命令權。(四)發行行政命令權。(五)定行政各部之官制。任  
免文武官之權。(六)統帥海陸軍。及編制之權。(七)宣戰講和締結條約之權。  
(八)宣告戒嚴之權。(九)授與榮典之權。(十)命恩赦之權。(十一)議會會期延長  
之權。(十二)定臨時議會會期之權。(十三)爲財政上緊急處分之權。然大權  
之作用。猶不僅此數者。觀憲法第三十一條。可以知之矣。但裁可法律權。  
加於天皇大權中。則議會協贊之立法權與大權。不免相混同耳。然通覽  
憲法。天皇大權。因詔書。勅書。勅令。之形式而運用。而世間往往以憲法第  
五十二條第二項。凡法律勅令。及他有關國務之詔勅。必須國務大臣之  
副署。又以官報中設詔勅欄。遂謂憲法認詔勅爲一種形式。不知憲法及  
官報。不過詔勅並稱。別無所謂認詔勅之形式也。然則所謂詔者勅者。以

何者爲標準而區別之乎。例如皇室典範中第十六條。立皇后皇太子皇太孫時。以詔書公布之。第四十六條。編入世傳御產之土地物件。諮詢於樞密顧問。以勅書定之。宮內大臣公告之。是因事項之種類。而有詔書勅書之區別。然憲法中未明示詔書勅書事項之區別。而其附屬法令中。用勅諭勅命等類之文辭。亦頗有混淆之跡。又公文式中亦未定詔書勅書之公布式。不可謂非缺點也。

### 第三款 行政行爲之形式

#### 第一項 命令

##### 第一目 命令之成立

歐洲立憲諸國。實質立法。以包含於形式立法中爲原則。故命令常立於法律之下。而爲行政行爲之一形式。即本法律之委任。通行行政機關。爲達行政目的所制定之法規也。然據日本憲法。命令者。謂不經議會之議決。因命令之形式。爲國家目的之意思表示也。是以法律之觀念。與命令之

觀念。二者各殊。惟不得以命令變更法律爲一條件。因而命令不僅立於法律之下。爲行政行爲之一形式。而常因其種類。與法律立於對等之地位。全然獨立。由是而論。日本之命令。有爲行政行爲之形式者。有不爲行政行爲之形式者。今並論之者。便宜使然耳。述日本命令成立之方法如左。

一、勅令之制定 勅令者。無論其爲緊急命令與通常命令。皆由內閣作草案。或各省大臣具案。提出於內閣。閣議議決後。由內閣總理大臣奏上。經裁可而告完成。(二)公式但緊急勅令裁可之前。必諮詢於樞密院。裁可之方式。與經議會議決之法律無異。天皇親署之後。鈐玉璽。公布之時。必關係國務大臣副署。

二、行政命令之制定 行政命令者。謂因法律、勅令之委任。行政官廳所發之命令也。主務行政長官。如內閣總理大臣、各省大臣、北海道廳長、官、府縣知事、警視總監。各於其權限內。制定命令。無須他機關之參與。

及特別之手續也。

第二目 命令之區別

命令之區別如左

一、緊急命令 憲法上一定之事項。必以法律定之。既以法律定之。故不得據命令設與法律相異之規則。何也。蓋不得以命令變更法律也。然當緊急之時。若不發布代法律之命令。則國權之運用。不免有膠柱之憾。是以德意志諸邦、奧大利、丁抹、日本。有緊急命令之制定。得以緊急命令。規定憲法上之立法事項。又得以規定法律所先占事項。又得以廢止變更從來之法律也。惟緊急命令之制定。事關重大。諸國憲法。概設特別之條件。日本憲法。制定緊急命令之條件如左。

(一)爲保公共之安全及除災厄之事 緊急命令之目的。爲消極而生。故如增進公共福利積極的事業。不得發布緊急勅令也。

(二)必爲緊急之事 事機急迫。刻不容緩。不能待次期議會。且不能召

集臨時議會者。

(三)必爲議會閉會中 議會開會時。必經議會之議決。不得發布緊急

勅令也。

緊急勅令。至次會期提出於議會。求其承諾。若議會拒其承諾。則政府對於將來。公布此項命令。失其效力。蓋緊急命令。含有不溯既往之解除條件。若議會不承諾。則必失其效力也。承諾之性質。分爲二說。或謂國務大臣。以一時發達憲之命令。引爲己責。議會之承諾。即爲解除大臣之責任。或謂議會之承諾。僅爲議會之議決。日本國法。似採後說。又緊急命令。得以法律、緊急命令、變更廢止之。既廢止之緊急命令。則承諾之目的物消滅。次期議會。無庸承諾也。

二、執行命令 執行命令者。爲執行法律所發之命令。定法律執行之細則。及解釋之規則也。歐洲諸國之學說及實際。僅制定法律執行規則。(即制定執行命令)然行政之運用。不徒執行法律而已。依法處分之外。

尙有裁量處分之餘地也。

三、行政命令 以狹義而論。凡所謂命令者。指行政命令而言。以廣義而論。其意義之重要者如左。

(一)指行政處務規程 對於法規命令。曰行政命令者。謂上級官廳。對於下級官廳。所發之處務規程也。其效力僅及於官廳之內部。非直接及於國民。國民不過間接偶有利害之關係。例如官吏出廳退廳時刻之規程是也。

(二)指行政官廳權限內制定之命令 例如日本國法。天皇使行政官廳所發之命令。若閣令、省令、府縣令、道廳令是也。

(三)無論爲元首直接所發之命令。與使行政官廳所發之命令。皆指爲行政目的制定之命令。 凡維持公共安甯秩序。增進國民幸福。所發之命令。皆爲行政命令。故自其補充法律之點觀察之。曰補充命令。自其與法律獨立之點觀察之。曰獨立命令。行政命令。固不得變更法律。

而法律則可以變更行政命令。蓋行政在法律之下也。

四、委任命令 委任命令者。謂憲法上以法律所定之事項。因法律之委任。所定之命令也。憲法上不必以法律規定之事項。法律委任於命令。固無不可。若憲法上必以法律規定之事項。而法律不自規定。委任於命令。果爲違憲與否。或曰。法律委任於命令之規定者。爲依法律規定之一方法。法律以命令之內容。爲已之內容。故不得謂爲違憲也。或曰。委任於命令之規定。不得謂爲法律之規定。且機關不得任意以已之權限。讓於他機關。故不得不謂之違憲也。蓋後說者。法理論也。前說者。實際論也。

### 第三目 命令之改廢

命令因普通法律改廢事由之外。尙有因左之事由改廢者。

一、因法律改廢 命令在法律之下。故法律得改廢命令。由命令之性質使然也。

二、因上級官廳所發之命令而改廢。下級官廳所發之命令，不得違反上級官廳所發之命令。故雖已發之命令，他日上級官廳所發之命令，與之相異時，必因之而改廢。

三、因上級官廳之取消而改廢。下級官廳所發之命令，違反法規，或害公益，或踰權限。上級官廳得停止其命令之一部，或全部之執行。又得取消其命令之一部，或全部。其經取消者，該當命令之一部，或全部，當然歸於廢止。因命令所受之影響，仍回復原狀。

## 第二項 處分令

### 第一目 處分令之觀念

處分令。一曰行政處分。又曰處分。行政機關於法令範圍內，關於特定事件，爲一方之意思表示也。今分析釋之如左。

一、處分令者。行政機關一方之意思表示也。處分令者，行政機關。本國家命令權所發之命令也。故謂之曰行政機關所發國家之命令可也。

惟此所謂命令。與前所謂命令不同。此所謂命令者。非對於法律之命令。謂國家命令權之發動。國家一方之意思表示也。蓋行政機關行政之時。不問國民之意思如何。得爲處分命令也。

二、處分令者。關於特定事件所發之命令也。前釋各種命令。爲制定多數事件適用之法規。處分令者。爲限於特定事件。例如警察官命集會之解散是也。學者或以特定事件之處分。爲實質之命令。不得以關於特定事件與否。爲命令與處分區別之標準。不知特定事件之處分。與以命令之形式者。極爲例外之事。故曰處分令者。爲關於特定事件所發之命令也。

三、處分令者。於法令範圍內所發之命令也。處分令不得違反憲法、法律。且不得違反命令。然亦非僅執行命令。於法令未禁之範圍內。亦得熟察公益。爲自由裁量之處分。是以處分令。分爲執行處分與裁量處分也。

## 第二目 處分令之成立

處分令之成立。具備之要件如左。

一、行政官廳。就權限內事項。發處分令。國家機關。得於權限內。爲國家行爲。故發處分令之官廳。得發權限內之處分令也。

二、處分令之內容。必依某種方法表示。處分令之內容。因某種方法表示。雖無普通之法則。然或以文書表示。例如徵稅令書。如免許狀是也。或以口頭表示。例如警察官解散集會。命道路清潔方法是也。或以符號表示。例如往來標識是也。

三、處分令。必使關係人知之。處分令者。非因官廳之行爲而成立。在使受者知之。或以文書。或以公示。使其知悉耳。

## 第三目 處分令之區別

處分令因形式實質之區別如左。

一、形式區別 處分令形式之區別。分爲二種。

(一)執行處分 執行處分。一曰依法處分。當行政機關發布某種處分令。解釋既存之法規。於特定事宜適用之。蓋法令關於某種處分令。設詳細規定。行政機關無自由運用之意。僅執行法規而已。故執行處分。又有依法處分之稱。如徵稅處分。徵兵處分。是也。近世法治國主義。行政之運用。必以法規為羈束。防行政權濫用之弊也。

(二)裁量處分 裁量處分。一曰便宜處分。謂行政機關。於法規範圍內。熟察公益。裁量行政之必要及便宜。所發之處分也。蓋無論如何極端之法治國。行政權之運用。一一遵守法規。亦有所不能。故為公益必需之處分。得為裁量處分。不得以法令之未規定為藉口也。

二、實質區別 處分令實質之區別。分為五種。

(一)命令 此所謂命令者。為處分令中之一細目。與前所論之命令。不可混同。蓋對於特定之人。命為特定積極消極行為之處分令。非謂設定之法規也。通常命為積極行為之處分令。僅曰命令。如租稅徵收。集

會解散是也。命爲消極行爲之處分令。曰禁令。如禁止停留於一定之他。禁止印刷物之發賣頒布。禁止屋外集會是也。

(二)許可 許可者。普通禁止行爲。因特定事宜許可之處分令也。其許可者。(甲)必一定行爲。有普通禁止之法規者。(乙)必特定事宜。有解禁之明文者。(丙)必特定官廳。有解禁之權限者。蓋某種行爲。普通視爲危險而禁止之者。有因特定事宜。視爲不危險而許可之者。行政官廳審查事情。決其許否。例如銃礮彈藥所有之許可。銃獵之許可。火藥商。古物商。質商。醫師。藥劑師。之免許是也。

(三)認可 認可者。使某法律行爲。生效力之處分令也。凡法律。有時爲私人或公共團體之行爲。不得行政官廳之承認。不生法律之效果。非以其行爲爲危險而禁制之也。謂不得濫爲之也。故欲其行爲有效者。必豫經官廳之承認。承認者是爲認可。例如市會某事之議決。必經內務大藏兩大臣之認可。是也。不得認可之行爲。不生法律上之效果。行

爲者爲犯法禁。不受處罰之裁判。是與許可相異之點也。

(四)特許 特許者。爲設定私權之處分令。對於公益上之貴重發明。發見。使享專有之利益。因其要求而特許之者也。例如發明特許。鑛業特許。是也。發明特許者。一爲酬發明者之勞。保護公益。一爲獎勵發明。促工業之進步。於一定之期間。使專享發明所生之利益。設定物品製作。使用。販賣。擴張之權。及方法使用擴布之權。所謂工業所有權是也。以私權論。爲財產權之一種也。鑛業特許者。存於己之土地。或他人之土地。於一定之鑛物。專探掘之權利。設定探掘權之處分令也。探掘權者。爲權利者先占有鑛物。取得所有權之權利。亦爲私權之一也。

(五)公用徵收 公用徵收者。爲公益事業。徵收特定物之所有權及他之權利。移轉於國家及他起業者之處分令也。故亦得謂之曰私權移轉變更處分令之一。今分析釋之如左。

(甲)公用徵收者。處分令也。公用徵收。爲國家命令權之作用。非強制

購買。非協議合意。又非國家之緊急權。爲處分令之一種也。

(乙)公用徵收者。徵收特定物之所有權及他之權利也。公用徵收之目的物。必爲特定物。因公益事業。徵收其所有權及他之權利。例如土地收用。取得其所有權。土地使用。取得其使用權是也。

(丙)國家徵收特定物之權利。移之於已。或移於他起業者。公用徵收。爲國家命令權之作用。徵收之主體。實爲國家。國家取得此種權利。有移之於已者。有移之於他起業者。例如鐵道敷設。徵收必需之土地。移於鐵道會社是也。

(丁)公用徵收。必爲公益事業。無論何種事業。不能概謂之曰公益事業。故法律特限定之。

#### 第四目 處分令之消滅

處分令消滅之事由如左。

一、法令有變更之時。法令有變更。則處分令與法規相抵觸。故處分令

## 自然消滅

二、因後之處分令取消之時。行政官廳有因後處分令取消前處分令者。既經取消。則處分令消滅。

三、上級官廳取消之時。下級官廳之處分令。上級官廳有不得取消者。其有取消者。則該處分令消滅。

四、目的之消滅。例如目的行爲終結。或目的物件及營業消滅。則處分令亦消滅也。

## 第三項 行政契約

國家行使命令權。故國家之行爲。皆爲權力行爲。而行政行爲。皆爲處分。凡公法關係。不容私人之意思。此在往時爲然。近時公法發達。行政法上亦輸入契約之觀念。所謂公法上之契約。又曰行政契約者是也。行政契約者。謂生公法上之效果。國家與個人之合意也。今日國際關係有條約。國家與國民之間。亦有合意之契約。是以國家信爲必俟私人之合意。始

適於事宜。而與私人爲合意者。亦屬其自由。關於公權關係。與私人爲合意者。爲公法上之契約。關於私權關係。與私人爲合意者。爲私法上之契約。而其當事者。皆爲國家與個人也。學者或以公法上之契約。雖爲處分令之一種。然爲雙方行爲。與一方行爲之處分令不同。蓋公法上之契約。生公法上之效果。關於公權之得喪變更。皆爲合意。故其效力。亦與私法上之契約無異也。惟公權之得喪變更。多爲命令權之作用。與私人合意之範圍。極爲狹隘。而其最著者。任官及歸化是也。任官者。設定官吏之公權及公義務。爲國家與私人之合意。使私人因之而得官吏之地位。故爲公法上契約之一種。在任官以前。私人無要求官吏之權利。任官以後。私人有要求官吏地位之權。及取得官吏地位之公權。且負公義務。故曰任官者。設定公權及公義務也。歸化者。對於外國人之願出。經國家承諾。付與國籍。使此後取得國民之公權及公義務。是以外國人之願出。官廳之許可。皆爲當事者意思表示之形式。故亦爲公法上之契約也。

#### 第四項 對於內部行政行爲之形式

行政機關相互之間。上級官廳對於下級官廳。操指揮命令之權。故時發訓令。時爲處分。時爲監督。且要求其報告檢閱之。若下級官廳有不當之命令。及處分。得取消之。變更之。懲戒之。此等行爲。雖僅及於行政內部。然對於外部之行政行爲。亦相輔而行。故其形式包含於廣義行政行爲中也。

#### 附論 私法行爲及事實行爲

國家與私人。立於私法關係者。惟財產關係爲然。當國家需要諸種物件勞務。有因命令權之作用。以處分令強制徵收。例如徵發公用徵收。是也。有從私法上之原則。與私人結私契約。例如馬匹、糧秣、被服、靴等類之軍需品。結供給契約是也。以上二法。國家擇其便宜者爲之。後法爲私法上之法律行爲。國家亦必從普通私法之原則。惟爲行政官廳監督者。國家得設特別之法規。例如入札請負。入札請負者。政府因工事或物件買賣。貸借。取最有利利益之價額。結定契約。設

一定之條件與豫定價額公告之使應者行投票之方法也。競賣手續是也。行政官廳與私人締結私法契約之訴訟。爲國庫訴訟。屬司法裁判所之管轄。與普通民事訴訟無異。又國家爲事實上行爲之種類頗多。有對於人者。例如戒告勸誘是也。有對於物者。例如設備鐵道、電信、兵營、軍艦之作業是也。有關於行政內部之事務者。例如帳簿之記入、踏查、統計是也。然私法行爲及事實行爲皆非行政行爲。故無一定之形式也。

#### 第四款 行政行爲之類別

##### 第一項 內務行政

以廣義言。凡財政、軍政、外交。悉列於內務行政之中。茲所謂內務行政。非指此廣義而言。乃包括財務、軍務、外務等以外之行政而言也。學者又有分行政爲普通行政及特別行政者。何謂特別行政。出於特別之目的。如外務行政、軍務行政、財務行政是也。何謂普通行政。出於全體之目的。如警察、衛生、教育、交通、經濟等類是也。茲所謂內務行政。即指普通行政而

言。故與日本內務省所管轄之行政各殊。內務行政之範圍所含甚廣。不能一一列舉。大別爲警察行政與助長行政。

(二)警察行政 警察行政者。爲維持公共之安寧秩序。因警察而達其目的之行政也。警察云者。爲防止社會之危害。而限制人之自由者也。易言之。以維持社會之安寧秩序爲目的之行爲也。安寧秩序云者。對於社會之存在條件所加之危害。排除禁絕之之狀態也。故防止其危害。即所以維持其安寧秩序。雖然。防止社會之危害者。非必警察。要以防止其危害而限制人之自由者。始曰警察。例如設燈火於道路。築堤防於河川。防止危害之行爲也。所以不曰警察者。以未限制人之自由也。若夫巡查對於往來通行。及防火、防水等。而限制人之自由時。則不失爲警察。自由之限制。有直接限制人之身體者。有對於財產。間接以限制人之身體者。例如巡查命通行於道路之左側。前者之例也。命自轉車不可不附備燈火及呼鈴。後者之例也。雖然。限制人之自由者。又非

必警察。限制人之自由而在防止危害者。始曰警察。例如徵稅行爲及徵兵行爲。限制人自由之行爲也。所以不曰警察者。以其目的在增進財政之收入額。組織國家之戰鬥力。非防止社會之危害也。要而言之。以防止社會之危害爲目的。限制人身之自由爲手段者。是爲警察。警察因觀察之方面不同。所分類別如左。

(一)司法警察、行政警察 司法警察云者。與刑事裁判相關聯之警察也。以搜索犯罪及證據、逮捕犯罪行爲者爲職務。由鎮壓危害於事後之點觀之。亦曰鎮壓行政。行政警察云者。豫防危害於未發。以維持社會之安寧秩序者也。以下所講釋者。即此行政警察之類別。

(二)國家警察、地方警察 國家警察云者。以防止國家全體所被之危害爲目的者也。地方警察云者。以防止市町村所被之危害爲目的者也。故可名曰市町村警察。市町村長。雖能依法律、管理地方警察事務。然不得及於國家之警察事務。

(三)高等警察普通警察 高等警察。一曰公共警察。以防止由多數人結合所生之危害爲目的。例如集會結社警察是也。普通警察云者。以防止由個人所生之危害爲目的。例如豫戒、監視是也。

(四)對人警察對物警察 對人警察者。以防止由人所生之危害爲目的者也。對物警察者。防止由物所生之危害。以限制人之自由。如船舶警察鐵道警察是也。

(五)保安警察行政警察 保安警察云者。不與各部之行政相連屬。僅爲維持安寧秩序之警察也。在行政之分派中。成獨立之局部。據日本現行制度。如屬於內務大臣權限之出版警察、集會結社警察是也。行政警察者。與對於司法警察之行政警察異。當行各種助長行政之際。必隨之而有危害生焉。以防止此危害爲目的者。是曰行政警察。故行政警察。與各種行政相關連而存在者也。例如山林警察、鐵道警察、河川警察、船舶警察、田野警察、鑛業警察之類是也。

(二)助長行政 助長行政云者。增進國民福利之行政也。一曰福利行政。又曰公益行政。國家當爲此種行政之際。或設備營造物。或以其他事實。上之行爲。以保護誘導人民。又或時布法令。以達此行政之目的。今舉助長行政之重要者。其類有五。

(一)人事行政 人事行政云者。關於身分、戶籍、國籍等之行政事務也。

(二)衛生行政 衛生行政云者。以保全公衆之健康爲目的者也。其中有豫防危險於未發者。曰保健行政。如傳染病豫防、種痘、飲食物取締、有害物禁止之類是也。有以健康之回復、疾病之治療爲目的者。曰醫藥行政。如醫師、藥劑師、產婆等之取締是也。

(三)救恤行政 食無糊口、家無立錫之窮民。若不善爲撫恤。非流爲餓莩。即銜爲奸惡也。故不可不善爲撫恤之。或曰救恤之道。似宜委之私人之慈善。不必國家任之者。曰否。懶惰不治之徒。固可措之弗問。若疾病、衰老、幼弱之無告者。國家及公共團體。非救恤之不可。救恤

之道。以之屬於市町村之事務。最爲適當。雖然。有以之爲隨意制度者。有以之爲強制制度者。因國而異者也。

(四)教化行政 教化行政云者。關於教育與宗教之行政也。如設備學校、任免教員、及強制兒童之就學。皆屬教育行政。至於宗教。以關於人之信仰。故行政所干涉者。範圍不一。即(一)古昔採政教一致之時代。或以法王即國王。名曰教國制度。或以君主爲宗教之長。名曰國教主義。如俄國。今尙採公認教主義。以教會爲公法人。僧侶教會。付與種種之特權。是國家與宗教之關係。尙密接而未分離者也。(二)近世政教分離主義之行也。國家皆認信仰之自由。不干涉宗教。不強制種種之宗教。亦不與僧侶教會以特權。唯於有害安寧秩序。有背國民義務之範圍內。行政權干涉之而已。近世宗教行政之意義。即在於斯。

(五)經濟行政 經濟行政云者。以人民之經濟關係爲目的之行政也。

有關於原始產業之行政。原始產業云者。如農業、畜牧業、狩獵業、森林業、漁業、鑛業之類是也。有關於商工業之行政。如關於銀行、取引所、商業會議所、產業組合之行政。關於工業所有權之行政。關於鐵道、道路、郵便、電信等之行政是也。

## 第二項 外務行政

國際關係。受國際法條規之支配。非行政法所得而規律之者也。故外務而屬於行政者。其範圍甚狹小也。雖然。今就廣義。舉屬於外務行政之事項。即（一）執行關於外國之政務。（二）保護在外國之自國商事。（三）處理關於在外國民之事務。（四）監督外交機關等是也。凡一國不能對於外國行命令權。雖可對於在留外國之自國國民行命令權。然不能與在留國之主權相抵觸。故涉外事項。以命令權爲目的者甚少。至外務行政。除監督外交機關之行爲外。率爲事實上之行爲。惟領事以保護自國及自國國民之利益爲職務。故在外國。得併有行政官廳及司法官廳所應爲之職務。

者也。當其行之之際，亦不能蔑視他國之主權。故一國與他國家之間，以締結領事職務條約爲常。

### 第三項 軍務行政

軍務行政，指軍事負擔及徵兵而言，分述如左。

(一)軍事負擔 使負擔軍事，以充軍用要需之行政處分也。重要者有二。

(二)徵發 徵發云者，強制軍需之勞力、物件，因徵收處分，以徵發宿舍糧秣、馬匹、車輛、夫役等者是也。詳言之，徵發爲國民財產上之義務。故(一)與兵役異，以在徵發軍需品，或徵用勞力。故(二)與租稅異，以爲軍需而徵收。故(三)與狹義之公用徵收異，徵發因平時戰時而異其物件。又對於徵發，常與以損害賠償。

(二)要塞地域之限制 圍繞國防設備之地域，曰要塞地域。其地域分爲數區，依區之遠近，對其地域內之土地物件，常限制其所有權。又於其地域內，禁止設一定之建設物。是曰要塞地域之限制。

(二)徵兵 徵兵云者。徵用負兵役義務者。組織國家戰鬥力之行政處分也。凡採強制兵役主義(即國民皆兵制度)之國。其國民皆負兵役義務。今分析述之如左。

(一)兵役義務。國民義務也。即(一)凡國民之男子。皆宜負此義務。所謂舉國皆兵也。(二)僅國民所負擔之義務。外國人不負此義務者也。(三)國民當然負此義務。非源於契約者也。(四)國民身體上之義務。非財產上之義務。故以公勇忠誠之精神為主。

(二)兵役義務。可加入國家戰鬥力之義務也。國家之戰鬥力(即兵力)云者。海陸軍之設備也。個人為戰鬥員之一員而服役。是曰兵役。茲謂為可加入之義務。而不曰加入之義務者。蓋國民非現實悉服兵役者也。國民雖有服之之義務。國家不過於其中選擇具備一定之年齡體格者。使服役現役而已。

(三)服兵役義務。法律上之義務也。以憲法定國民服兵役之義務。以法

律定徵兵之條件。故兵役所以爲法律上之義務也。

由兵役義務者中。據法律選擇具備法定之條件者。曰徵兵處分。又曰徵兵裁決。關於兵役之種類。各國法制。雖不一律。就日本言。爲常備兵役。後備兵役。補充兵役。及國民兵役四種。常備兵役。更別爲現役。及豫備役二種。

#### 第四項 財務行政

國家之行內政外政也。不可無資財以支辦之。關於資財管理及出納之行政。曰財務行政。國家之財政。與私人之經濟異。私人之經濟。在量入而爲出。國家之財政。在量出而計入。即國家於每會計年度。編成豫算。豫計是年度內之歲出。且調查充此歲出之財源。若不足。或加租稅。或起公債。或募一時借入金。以支給之。顧財務行政上。常以國家爲國庫而活動。國庫云者。由爲財產權主體之方面而觀察國家者也。但往昔警察國時代。國家之行爲。獨限於權力之行使。不得爲私法上之行爲。雖國家爲財產

關係之主體。亦祇以國庫視之。然且謂國庫於國家以外。有獨立之人格。不認爲國家自身之行爲也。至於近世。國法學日形發達。咸知此說之誤。故無論何人。皆謂國庫非於國家以外有人格。不過爲國家之一面。指爲財產主體之國家而言也。

國家於財務行政之範圍。有爲公權之主體而行動者。有爲私權之主體而行動者。如徵收租稅。徵取手數料。前者之例也。起國債。募借入金。結供給契約。後者之例也。前者關於公法上之財產權。後者關於私法上之財產權。財產權非獨私法上有之也。故爲財產權主體之國家（即國庫）有爲公財產權之主體者。有爲私財產權之主體者。彼謂國庫限於私財產權之主體。誠陳腐之說也。國家資財之出納。必通過國庫。行政官廳。須納其所管之收入於國庫。若支出所需之金額時。更宜對於國庫。發支給之命令。惟依法令。可有特別資金。洵例外也。日本所謂國庫。往往指金庫而言。然二者不可混同也。今舉國家財務行政之範圍如左。

(一)豫算 凡國家之收支出納。甚屬浩繁。非有一定之規矩準繩。不免淆亂無章。是以國家豫定每年之歲出入。作為豫算。使官廳據之行事。故豫算云者。國家歲入歲出之概括計算。於立憲國。經議會議決。使官廳知所遵由者也。今分析釋之如左。

(一)豫算者。國家歲出歲入之概括計算也。豫算不過為是年度內財政計算之標準。故曰為國家歲出歲入之概括計算。歐洲如德國。憲法上有豫算以法律定之之規定。故豫算亦包含於形式法律之中。日本則不以豫算為法律者也。

(二)豫算者。須經議會議決者也。國家之歲出歲入。不可放任於官廳。故立憲各國。皆以經議會議決為原則。有謂經議會之議決者。悉為法律。豫算似亦為法律之一種。然日本憲法不作此解。其所以必須議會議決者。不過對於國家之歲出歲入。承認其適法合理與否而已。若有超過豫算。或豫算外之支出時。宜求議會承認。即所謂事後

承諾也。豫算之性質。雖不過爲財政計畫之標準。然既須議會議決。故議會與政府之關係。可知有特種之作用。惟其有特種之作用。不得謂議會豫爲解除政府之責任。又不得謂議會委任財政於政府也。

(三)豫算者。使官廳知所遵由者也。豫算所以爲豫算之效用。在使官廳知所遵由而爲出納也。故豫算者。可謂爲官廳出納之規矩準繩也。雖然。議會不能對於外部官廳而發命令。故僅有議會之議決。尙不能對於官廳使生遵由力。是以日本國法。豫算亦須裁可也。若然。豫算不能謂爲對於官廳之訓令。

豫算所以測一會計年度之歲出歲入者也。會計年度。非必與歷法之年月。相互一致。日本以四月一日至翌年三月三十一日爲一會計年度。是年度內。一切之收納曰歲入。一切之經費曰歲出。歲入歲出。共編入於總豫算。總豫算者。豫測全體之歲出入者也。此外有特

別豫算。特別豫算。豫測屬於特別會計之收入支出者也。豫算本各省大臣之豫定經費請求書。大藏大臣調製之。分經常臨時二大部。各部更分款項。目目之間。許其通用。款項之間。不許通用者也。經常費臨時費之外。尙爲豫算超過及豫算外支出。豫設豫備費。以補不足。

(二)決算 爲檢查國庫出納之成績。有歲出入之決算。日本有檢查決算之職權者。爲會計檢查院。當其檢定之時。視官廳之歲出入。果準據法令否。果違由豫算否。算數上果無差誤否。皆宜一一檢查者也。檢查之後。認爲正當時。即承認之。認爲不正當者。則有相當之處分。檢查之成績。宜上奏天皇。且宜報告議會。議會對於豫算超過及豫算外之支出。有與事後承諾之權。

(三)租稅 租稅云者。爲充政務之費用。國家以強制而徵收之公課也。試分析述之於左。

(一)租稅者。爲充政務之費用也。易言之。爲得財政上之收入而課之者也。故與公用徵收及徵發異。

(二)租稅者。國家以強制而徵收之公課也。納稅之義務。與兵役義務同。國家以憲法及法律。定爲國民之義務。且可以命令徵收之。公課也。納稅義務之範圍。抽象的依法律而定。具體的確定之者。是曰賦課。即一種之依法處分也。租稅依賦課之方法。(一)別爲直接稅。及間接稅。直接稅者。以財產之收入。或人之身分。有不動之性質者爲標準。所課之租稅也。如地租。所得稅。營業稅是。間接稅云者。對於不永續之物件行爲等。難於豫測之事實。因其發生。隨時賦課之租稅也。如酒造稅。醬油稅是。(二)別爲分配稅。及定率稅。分配稅者。因地方之區畫。定納稅之總額。即以其總額分配於各納稅者之謂也。定率稅者。以一定之稅率爲標準。使之賦課之謂也。(三)更因租稅之實質。別爲內國稅。及關稅。關稅者。對於通過稅關之輸出入品所課之租

稅也。其餘諸稅。悉爲內國稅。

(四)手數料 手數料云者。特定人要求國家之行爲。或使用營造物。由報償之性質。國家對之而徵收之公課也。故手數料者。公課之一種。國家本命令權以徵收之者也。手數料有公法上之手數料。與私法上之手數料。茲之所謂手數料。專指公法上之手數料而言。又手數料者。因國家行爲。及營造物使用。對於特定人而徵收之。有報償之性質。故其報償。宜與特定人所受之利益相當。由此點觀之。故與租稅大異。手數料對於國家行爲而納之者。曰狹義之手數料。對於營造物使用而納之者。曰使用料。狹義之手數料中。對於司法裁判所之行爲者。曰司法上之手數料。對於行政官廳之行爲者。曰行政上之手數料。

(五)國債 國債云者。國家之經常歲入。不敷歲出之時。爲補其不足。由國家所負擔之債務也。對於內國負擔者。曰內國債。對於外國負擔者。曰外國債。國債之負擔。遺於將來者。立憲國以事關重大。故鄭重其手續。

經議會之議決爲常。但國債之募集。非必依法律之形式者也。又國家當收支不能相償之際。而募集借入金。於同一年度內。可以償還之者。是非國債。例如大藏省證券之發行是也。國債雖爲國家所負擔之債務。然其性質。全與私法上之債務無異。故其募集也。必據私法上之契約。因而關於國債之條例規則。不問其制定之形式如何。亦不過豫定募債契約之條件而已。

#### 第五款 權限爭議

國家之機關。皆有一定之權限。其權限雖爲憲法及法令所規定。然國家政務。維日萬機。關於權限之解釋。不能不生疑義。有時同一之事項。二機關皆主張屬於己之權限內者。此際國家之意思表示。若非出以一律。則統治權將不能統一矣。亦有時同一之事項。二機關皆主張不屬於己之權限內者。此際若不劃清界限。則國民無求救濟之途。而枉屈無由訴矣。故權限爭議。不可不解決其範圍者此也。夫權限爭議之語。有廣狹二義。

之分。廣義之權限爭議。包含主管爭議而言。主管爭議云者。行政官廳相互之間。所生之權限爭議也。此爭議可由兩爭議官廳之監督上級官廳裁決之。如各省大臣。裁決部下官廳間之主管爭議。內閣裁決各省間之主管爭議是也。故主管爭議。因行政監督權之作用而裁決。尙無棘手之虞。若狹義之權限爭議。非立於共同監督權下之二機關所生之權限爭議也。如普通行政官廳與司法裁判所之爭議。普通行政官廳與行政裁判所之爭議。行政裁判所與司法裁判所之爭議。數者皆無共同之上級官廳。故不能據監督權之作用而解決之。雖然。徵之諸國實例。凡權限爭議。(一)由普通之行政官廳。對於司法裁判所或行政裁判所而提起。(二)由行政裁判所。對於司法裁判所而提起。(三)未有司法裁判所。對於普通之行政官廳。或行政裁判所而提起者也。日本尙未制定權限裁判法。惟對於行政裁判所與司法裁判所之爭議。以樞密院裁定之。且尙無裁定手續之法令。不可謂非缺點也。權限爭議。有消極積極二義。積極權限爭議

云者。二機關對於同一事件。主張其處分、判決、裁決之權。皆屬於己之權限內。此際普通行政官廳爲原告。司法裁判所、行政裁判所爲被告。或行政裁判所爲原告。司法裁判所爲被告。於權限裁判所。提起爭議者是也。消極權限爭議云者。二機關對於同一事件。主張其處分、判決、裁決之權。皆不屬於己之權限內。此際私人爲求己之救濟。故由私人提起此項爭議者是也。至裁判權限爭議之機關。諸國之法制不一。或以一國之元首當之。或以如樞密顧問之機關充之。或以司法裁判所行之。或設特別機關爲之。要之權限爭議之裁決。所裁決者。若爲普通行政官廳。或行政裁判所與司法裁判所之爭議。在決其事件果屬於司法裁判所之權限與否而已。所裁決者。若爲普通行政官廳。與行政裁判所之爭議。在決其事件果屬於行政裁判所之權限與否而已。

#### 第六款 行政訴願

行政訴願者。因行政官廳之不當處分。毀損己之利益。利益關係人。對於

監督官廳。求取消其處分或變更其處分之方法也。故即受處分者言之。對於已之利益毀損。求其救濟之謂也。即行政官廳之關係言之。上級官廳。間接監督下級官廳之一方法也。試分析釋之。如左。

(一)行政訴願。對於不當之行政處分而提起者也。訴願惟對於行政處分有之。故(二)關於司法裁判所無訴願。(三)關於法令無訴願。(四)對於將來之行政處分無訴願。是訴願所以與普通之請願異也。又訴願者。對於不當之行政處分始有之。詳言之。利害關係人。以所受之行政處分爲不當而提起者也。不當之處分。毀損特定人之利益者。悉爲訴願之目的與否。諸國法制。其揆不一。有以許訴願爲原則者。是曰概括主義之法制。有就一定事項許之者。是曰列記主義之法制。日本採列記主義者也。

(二)行政訴願。因毀損己之利益而提起者也。訴願非爲維持法規監督行政而立。乃對於私人之利益毀損。而與以救濟方法也。故非利害關

係人。不許提起。利害關係人云者。非僅指受處分者而言。凡受處分之  
 效果者。皆含其中。

(三)行政訴願。對於監督官廳。求取消其處分或變更其處分者也。受訴  
 願提起之行政官廳。覆審原案之處分。然後與以裁決。其裁決也。有認  
 許原案之處分者。有取消或變更其處分者。若取消之或變更之。即利  
 害關係人。已得所求之救濟也。總之無論其裁決如何。其裁決皆爲新  
 處分而代舊處分者也。

行政訴願。由利害關係人。以書面於一定之期間內。通過處分官廳。提出  
 於監督官廳。其書面曰訴願書。列記其不服之要點。及要求之理由。並表  
 示訴願人。且添付證據書類。訴願之提起。所以限定期間者。蓋因行政處  
 分所生之狀態。若案情久懸。於事實多有不適也。又訴願者。對於處分官  
 廳之直接上級官廳而提起。非爲訴願而特設機關者也。惟日本對於各  
 省大臣處分之訴願。僅提出於該省而已。其提起必須通過處分官廳者。

蓋欲使爲處分之官廳。知有訴願之提起。以便對之而爲辯明也。由是有訴願書經由之行政官廳。自受訴願書之日起。於一定之期間內。添付辯明書。及必要文書。呈之於上級行政官廳。上廳行政官廳。不俟口頭審問。即依文書而裁判之。然認爲必要之際。爲口頭審問亦可。訴願之裁決。亦依文書爲之。其裁決書。經由處分官廳。交付於訴願人。裁決之際。除因訴願書之違式却下外。或認許原案之處分。或取消變更原案之處分。皆可自由定之者也。

#### 第七款 行政訴訟

行政訴訟者。因行政官廳之違法處分。侵害己之權利。利害關係人。求其取消或變更之裁判。向特定機關所提起之訴訟也。故行政訴訟。一面對於私人之權利侵害。與以救濟之途。一面間接以行行政之監督方法。試分析述之。

(一)行政訴訟。對於違法之處分而提起者也。行政訴訟。主張行政處分

違反法規者。始得提起。對於害公益不當之處分。不許提起者也。故對於依法處分有行政訴訟。對於裁量處分無行政訴訟。

(二)行政訴訟。以違法處分。侵害權利爲理由而提起者也。提起行政訴訟者。須其處分爲違法。且侵害已之權利者也。故雖違法處分。而未侵害權利者。不得爲行政訴訟之目的。因而行政訴訟。非受權利之侵害者。不能提起者也。至因違法處分而侵害權利者。皆許爲行政訴訟與否。諸國法制。亦不一律。有以許提起行政訴訟爲原則者。是曰概括主義之法制。有就一定之事項許之者。是曰列記主義之法制。日本採列記主義者也。

(三)行政訴訟。向特定之機關。而求其裁判者也。裁判云者。俟當事者之參與。解釋適用其法律。以決定其法律關係之處分也。行政訴訟。依當事者訴訟之形式。故其所求。爲裁判之一種。非徒爲覆審其前處分也。由此觀之。行政訴訟與訴願。大異其趣。實與司法裁判相似者也。惟是

判決行政處分違法與否之權。若與於司法裁判所。不但有案司法與行政之畛域。且有使行政立於司法之下之虞。故使屬於特別機關而不屬於司法裁判所者。有由然也。然近世立憲諸國。有委於上級行政官廳者。有特設行政裁判所者。日本則採後者之制度也。

凡行政訴訟。以因違法處分。而受權利之侵害者爲原告。以爲處分之行政官廳爲被告。於一定之期間內。依訴狀而提起。其訴狀表示原被告兩造。開示要求之事項及理由。并宜添付證據書類。且使被告之行政官廳。呈出辯答書。認爲必要時。更可使之呈出辯駁書及二次之辯答書。或爲口頭審問亦可。迨審理告終。始爲判決。其判決或依文書爲之。或於訟廷宣告於當事者。或送付謄本於當事者皆可。判決依訴訟之違式却下外。或斥原告之請求。或認原告之請求。而取消變更其被告行政官廳之處分及裁決。但行政訴訟之提起。以不停止行政處分及裁判爲原則。又行政訴訟之提起。使與訴願相連結與否。未經訴願之裁決。可以提出與否。諸

國法制未。日本除對於各省大臣及地方主權行政官廳之處分外。行政訴訟之提起。便與訴訟願相連結。非經訴訟願。不許提起行政訴訟者也。

### 第八款 行政裁決

行政裁決云者。依行政處分所發生之私權。私人間對之有爭訟時。由行政官廳裁判之之謂也。凡私權原不待行政權之處分而得喪移轉者。然近世文明日進。除私法上所規定之私權外。尚有俟行政官廳之處分而發生之私權。如工業所有權、漁業權、鑛業權之類是也。關於此類私權之爭訟。近世諸國之制度。多使行政官廳裁判之。所以不委於司法裁判所者。原此類私權。由行政處分而發生。司法裁判所。不盡悉知其効力。若使之裁判。不特所下之判決。有與法律趣旨相背馳之虞。且使司法裁判所而審判行政處分。不免紊司法與行政之畛域也。或曰。然則何以不委之於行政裁判所。曰。委之於行政裁判所。似無不可。然行政裁判所者。以裁決行政訴訟(即私人與行政官廳之爭)爲職分者也。使之裁判私人間之

私權。甚爲不宜。此行政裁決之制度所由設也。至其裁決之手續。與行政訴訟大同小異。

### 第三節 司法

#### 第一款 司法之觀念

司法觀念。與立法行政同。有實質形式之分。實質司法云者。以維持法規爲直接目的之統治權作用也。其作用經由司法裁判所與否。置之不問。故實質司法之意義。(一)有於司法裁判所爲之者。其例甚多。(二)有於議會爲之者。例如大臣訴訟及選舉訴訟是也。(三)有於行政官廳爲之者。例如行政裁判是也。形式司法云者。不問實質何如。經由司法裁判所之統治權作用也。日本憲法第五十七條。所謂司法權以天皇之名。依法律行之。即指示此意義之司法也。經由司法裁判所者。有民事及刑事之裁判。民事之裁判云者。關於私人間權利關係之爭訟。解釋法規。適用於該當事件。具體的確定其法律關係。且命令其執行之謂也。刑事之裁判云者。審

理犯罪行爲之有無。解釋刑罰法令。適用於該當事件。確定應科之刑罰及應科刑罰之程度。且命令其執行之謂也。又司法裁判所。有爲非訟事件之裁判者。此種裁判。國家爲保護國民之私法關係而行動。故其實質寧屬於行政。不屬於司法者也。就非訟事件。司法裁判所。(一)有協力於私法關係之確定者。例如相續之限定承認。或拋棄遺言之確認及執行之類是也。(二)有爲私權之登記者。如夫婦財產契約之登記。商業登記之類是也。(三)有爲他人之財產。而選任或監督其管理人者。例如選任或監督不在者之管理人。法人之假理事。特別代理人。會社之清算人之類是也。(四)有保管文書或有價物者。如保存證書。保管供託物之類是也。

#### 第二款 司法與君主大權及行政之關係

司法與君主大權及行政。有密接之關係。據日本國法。釋之如左。

(一)裁判官之任免 裁判官亦文官之一種。任免之者。屬於天皇大權。然裁判官之任用資格及懲戒條規。以法律定之。故其任免懲戒。必據法

律之規定。

(二) 裁判所之監督 司法獨立也。裁判神聖也。不容行政之干涉者也。然司法的行政主務官廳。據其監督權。可求裁判所行務狀況之報告。且可臨檢裁判所。視其行務有無稽延之弊。

(三) 對於刑事事件之干與 行政機關。有干與刑事事件者。即近世彈劾主義之刑事訴訟。以檢事爲原告官而行動。檢事當行此權限。立於司法的行政主務官廳監督命令之下。

(四) 對於犯罪人之恩赦 命大赦、特赦、減刑、復權者。屬於天皇之大權。大赦云者。關於特定種類之犯罪。使訴追及裁判爲無効也。特赦云者。關於特定之犯人。取消確定判決之刑罰也。減刑云者。取消其刑罰之一部也。復權云者。對於將來取消其公權剝奪者也。

### 第三款 司法權之獨立

司法權之獨立。其語雖常見。其意義則甚漠然。某學者曰。司法權之獨立

云者。自行政權而獨立之意也。其意蓋以爲日本憲法第五十七條有曰。司法權。依法律於裁判所行之。故謂裁判所。當行司法權之際。獨依據法律。不受行政權之命令。不受行政之干涉者也。雖然。此不獨司法爲然。凡立憲行政權皆然。何則。立法司法行政三權。使鼎立不相侵犯者。近世立憲政治之精神也。故以此說解司法權之獨立。未爲得當。或曰。裁判官不俟上官之指揮命令。據己之獨立判斷而行裁判。所謂司法權之獨立。其即此歟。何則。在行政官。上官之指揮命令。有羈束下官之効力。司法官則不然。下級裁判所。不爲上級裁判所之意見所左右。惟下級裁判所之判決。因上訴取消變更之而已。或曰。裁判官受憲法及法律之保障。所謂司法權之獨立。其即此歟。何則。裁判所之構成。以法律定之。裁判官之黜陟。以憲法法律保障之。若以命令及大權。不得自由廢置者也。若行政各部之官制。不以法律定之。行政官之進退。不以憲法法律保障之。是二者大相懸殊之點也。雖然。凡此諸說。皆各言之成理。但以予揣之。司法權之

獨立云者。由於沿革之用語。法律上無一定之意義也。若總合第二說及第三說之事實。漠然名曰司法權之獨立。無不可也。

#### 第四款 刑事裁判

##### 第一項 刑事裁判之性質

刑事裁判云者。裁判所解釋刑罰法令。適用於特定事件之統治權作用也。在昔刑事裁判。採用糾問主義之時代。未嘗以檢事爲原告官。裁判官自搜查其犯罪嫌疑者。自審理其犯罪。故以裁判官而兼檢事之職。且以拷問之方法。求被告人之自白。以爲定罪之證據。以密行之主義。爲裁判之事實。且禁他人之傍聽。以故當時之裁判。不但有失公平已也。其慘酷殘忍之狀。亦不可以言喻。近世文明諸國。皆知其有悖公理而違人道也。乃改司法制度。分爲訴追裁判二機關。訴追之機關云者。訴追犯罪嫌疑者。而求其裁判之機關也。裁判之機關云者。審問犯罪嫌疑者。而下裁判之機關也。訴追機關之爲訴追也。名曰公訴之提起。當公訴提起之任者

爲檢事。故檢事即訴追機關也。無檢事提起公訴。裁判官不得審問。不得裁判。是以近世諸國之刑事裁判。名曰彈劾主義之裁判者即由此也。受訴追之刑事被告人。亦爲訴訟之當事者。有參與訴訟行爲之權利。故爲原告之檢事與被告人。皆立於對等之地位。就裁判所以決訴訟之爭。而裁判官則超然立於利害之外。而下公平之判決。無所厚薄於其間。此學者所以謂爲形式的當事者之訴訟也。持以與糾問主義相較。(一)裁判官僅裁判而不起訴。無先入爲主之虞。(二)廢拷問。無慘無人道之苦。(三)許公開。無冤抑不平之情。其爲利益。豈可勝計哉。刑事訴訟。就原被兩造立於相對之地位。裁判官立於利害關係以外而下裁判之點而言。似與民事訴訟相似。雖然。民事訴訟之當事者。關於訴訟之目的物。有處分權。若刑事裁判。以確定國家刑罰權之有無及範圍爲目的。當事者之間。自對於訴訟之目的物。無處分權。無處分權。因而不能私自和解。不能爲請求之拋棄或認諾。不能爲訴訟之取下者也。且當事者之自白。無羈束裁判所

之力。裁判官無須顧當事者之自白及認諾。而宜討究其事件之真相。發見其事件之實體者也。雖然。犯罪行為。有同時爲民事之不法行爲。被害者可生要償權者。當此際也。被害者(一)可由通常之民事訴訟。而主張其要償權。(二)可附帶於公訴。而主張其權利。前者依普通之民事訴訟手續。後者至公訴之第二審判決止。無論何時。皆可附帶於公訴而提起者也。故名曰私訴。又曰附帶私訴。

## 第二項 刑事訴訟之手續

### 第一目 犯罪之搜查

刑事訴訟手續。經數階級。始告完成。即搜查、起訴、豫審、公判。是也。搜查起訴及豫審。曰準備手續。公判。曰本審手續。蓋搜查爲公訴之準備。起訴爲豫審之準備。豫審爲公判之準備。至公判始得斷罪之有無也。

檢察之提起公訴也。不能波及無辜。非確實調查其證據。不可。據日本刑事訴訟法。犯罪之搜查云者。檢察當認知有犯罪。或意料有犯罪時。搜查

其證據及犯人之謂也。檢事行搜查之際。雖可以諸種方法行之。然不得濫用其強制力。如未得承諾。而侵入他人之家宅。或差押其物件之類是也。警視總監及地方長官（除東京府知事）各爲司法警察官。皆可搜查犯罪。與地方裁判所檢事。有同一之權。此外一定之官吏公吏。亦有爲檢事。茲補佐。受檢事指揮。而行司法警察官之職務者。

又檢事之所以能認知有犯罪。或意料有犯罪者。或因他人之告訴告發。或因犯人之自首。或因現行犯及其他風聞者也。告訴云者。由被害者。將犯罪之事。告知於犯罪地。或被告人所在地之檢事。司法警察官之謂也。告發云者。第三者認知有犯罪。或意料有犯罪時。告知於犯罪地。或被告人所在地之檢事。司法警察官之謂也。一私人對於犯罪。有告發與否之自由。若官公吏。當執行職務而認知有犯罪者。有告發之義務。司法警察官。受告訴或告發之後。除違警罪即決之外。即具其書類。申送於管轄裁判所。檢事可也。現行犯云者。當現行。或現行將終而發覺之犯罪也。對

於現行犯之處分。與非現行犯之處分異。凡重罪。與應處以禁錮刑之輕罪。無論何人。若無令狀。不得逮捕被告人。又豫審判事。非俟檢事之起訴。不能施行豫審者也。

### 第二目 起訴

檢事對於犯罪之搜查既終。即宜決起訴與否之舉。起訴云者。檢事就犯罪事件。追訴被告人於豫審判事或裁判所。使之受理之行爲也。屬於區裁判所內權限內之事件。不須豫審。直訴於裁判所即可。若屬於地方裁判所之事件。重而要者。須經豫審判事豫審。輕而易者。不必豫審可也。至於重罪事件。以必經豫審爲常。

### 第三目 豫審

豫審云者。審理其被告事件。宜付公判與否。宜爲免訴與否。之必要事實關係也。據日本刑事訴訟法。豫審非因檢事之起訴。豫審判事。不能行之。豫審與公判異。採密行主義。不許公衆人傍聽。不須辯護士辯論。不許新

聞紙揭載。蓋所以防證據之湮沒。冤名之傳播也。又豫審判事。當審理事件之際。可用強制力者如左。

(一)令狀之發送 豫審判事。可因事宜。自發令狀。並可請求他所而發令狀。其令狀種類有四。

(一)召喚狀 召喚狀云者。豫審判事。為訊問被告人。命其至公堂應訊之令狀也。若被告人應命而至。當日即宜訊問。

(二)拘引狀 拘引狀云者。被告人不應召喚狀之命者。命行拘引之令狀也。所以為此者。(一)恐證據湮沒。(二)恐犯人逃亡。(三)恐未遂犯及脅迫犯。更有欲達其目的之虞。被告人拘引至公堂之後。四十八點鐘以內。即宜訊問。若經過此時間而未訊問者。非發拘留狀。即宜當然釋放。

(三)拘留狀 拘留狀云者。為留置被告人而發之令狀也。由訊問之結果。應處以禁錮以上之刑者。或恐被告人有逃亡之虞者。皆可發此

令狀。其留置及訊問之期間無限制。

(四)逮捕狀 豫審判事不能覺知被告人之所在地時。可請求各檢察長。爲之逮捕搜索。受其請求之檢察事。即命其管內之檢察事。爲搜索及逮捕之處分。此時檢察事所發之令狀。曰逮捕狀。

(二)證據之集取 證據云者。裁判官認定事實之材料也。如被告人之自白。官吏之檢證調書。證據物件。證人及鑑定人之供述。及其他之徵憑。皆是也。徵憑云者。間接證據之謂也。裁判官依證據之證明力所得之確信。名曰心證。依心證而判斷事實。爲裁判官之自由。法律以不羈束心證爲原則。故學者名曰自由心證主義。今舉證據集取之方法如左。

(一)被告人之訊問及對質 訊問被告人者。欲以其供述爲證據也。被告人有認爲犯罪之供述時。是曰自白。又對質云者。使被告人與他之被告人或證人等兩造面質之謂也。

(二)檢證搜索及物件差押 檢證云者。豫審判事。爲發見事實。臨檢其

犯所及其他之地方之謂也。搜索云者。被索被告人。或藏證嫌疑者之住所身體及物件之謂也。又豫審判事。由臨檢搜索之結果。發見足以證明罪蹟之物件時。即可以押制之。是曰物件差押。

(三)證人訊問。對於犯罪之事實。有所見聞者。由裁判所呼出而爲證人。使之陳述事實。以助裁判官之心證。是曰證人訊問。證人非發表自己之意見。乃陳述事實者也。陳述之先。須宣誓。宣誓云者。誠實陳述事實之誓也。

(四)鑑定。爲欲明犯罪之手段結果。而特使有專門學術技藝者。發表其意見。是曰鑑定。例如徵醫師化學家之意見是也。

(二)保釋、責付。保釋云者。豫審判事。對於被拘留者。依其請求。使納付保證金。暫免其拘留之處分也。責付云者。豫審判事。以職權解被告人之拘留。附托於親族故舊之處分也。

(四)豫審終結。豫審判事盡以上之手段而審理告終時。一面送致訴訟

記錄於檢事。一面爲豫審終結之決定。其決定。(一)有管轄違非已之職分  
內所管轄者之決定。(二)有免訴之決定。(三)有事件移於區裁判所之決定。(四)有付於公判之決定。

#### 第四目 公判

因豫審之終結決定。或因直接之起訴。裁判官審理事件。解釋適用其法律。以決定國家刑罰權之有無及範圍者。是曰公判。約言之。本審之刑事裁判也。公判於一定之期日。由裁判官、檢事、裁判所書記。出廷行之。許公共傍聽爲原則。當開廷之際。裁判長先問被告人之姓名、年齡、身分、職業、住所等。次而聽檢事論告被告事件。再訊問被告人。然後爲證人鑑定人之訊問。及其他之證據調。由是使辯護人辯論。辯論終後。始爲判決之宣告。即判決俟宣告而成立。公判因判決之宣告而告終者也。其判決。(一)有管轄違之判決。(二)有公訴不受理之判決。(三)有無罪之判決。(四)有免訴之判決。(五)有刑之宣告之判決。又公判當爲辯論及宣告判決之際。以被告

在廷爲要。然若被告人逃亡。或因他之理由。不能詣法廷時。不能永置犯罪於不問。故通融辦理。於一定條件之下。而爲判決。是曰闕席判決。與闕席判決對稱者。曰對席判決。或曰對審判決。

### 第五目 上訴

上訴云者。對於未確定之裁判。當事者及其他訴訟關係人。向上級裁判所。求破壞更正其裁判之謂也。上訴分爲控訴上告、抗告、三種。控訴云者。不服第一審判決者。向上級裁判所。就事實及法律之適用。求其覆審之訴也。可以控訴之者。其第一審判決。或爲本案之判決。或爲本案前之判決皆可。本案前之判決云者。即刑事訴訟法第八十七條所謂管轄違及公訴不受理之判決也。又控訴審者。以對於事實點及法律點。覆審其被告事件爲目的。故第一審裁判所認定之事實。控訴裁判所。不受羈束。欲獨立而爲事實之判斷。以作自己之心證時。復爲證據調。以審理被告事件可也。上告云者。對於第二審判決。以違背法律爲理由。求其破壞

更正之訴也。可爲上告者。與控訴同。其第二審判決。或爲本案之判決。或爲本案前之判決。皆可。上告裁判。惟以違背法律爲理由者。得爲之。故上告審。僅審查法律點而已。不得覆審前審所認定之事實。此所以與控訴異也。抗告云者。對於非本案判決之裁判。所行之上訴方法也。易言之。對於未經裁判所公判之決定而爲之者。例如對於豫審之終結決定是也。其得爲之者。以法律上之所特許者爲限。至若上訴權利者。若經過上訴之期間而不上訴。或上訴之方法已窮者。則其判決。確定而不可動。是曰確定判決。

#### 第六目 非常上告及再審

判決一旦確定。若遇非常之情形。而無非常之手段以救濟之。則冤抑無所伸。人民將不堪其弊矣。此所以有非常上告及再審之方法。非常上告云者。對於法律誤用之確定判決。求其破壞之方法也。詳言之。若第一審或第二審之判決。對於法律上不應罰之行爲而加以刑者。或刑應輕而

加以較重之刑者。於其期間內。無上訴而爲判決確定時。就其事件。有受上告權裁判所之檢察。或因司法大臣之命。或因職權。無論何時。可向裁判所而爲非常上告也。非常上告實有理由時。破毀原判決。更就其事件而爲新判決可也。再審云者。對於事實誤認之確定判決。求其覆爲審理之訴也。此事多因新事實或新證據之發見。足以變更原判決之基礎者而生。得爲之者。以法律上所特許者爲限。上告裁判所。受再審之訴。認爲實有原因時。破壞原判決。並將其事件移送於與原裁判所相等之他裁判所。使之覆爲審理。再行裁判。

### 第七目 裁判之執行

判決確定。當事者即受羈束。國家即宜以公力強行之。是曰裁判之執行。最著者。如刑之執行是也。刑之執行。非判決確定之後。不得爲之。以原則論。凡判決確定時。其執行即隨之。雖然。依日本刑事訴訟法。有例外四。(一)死刑之執行。待司法大臣之命令。自有命令時。三日之內爲之。(二)懷胎之

婦女分娩後。與以一百日之猶豫。(三)罰金執行。與以一月之猶豫。科料執行。與以十日之猶豫。(四)逃避死刑及自由刑之執行者。以無即時執行之途。檢事宜行逮捕之手段。至刑之執行。指揮監督之者。爲檢事之職分。又受刑之宣告者。若就其宣告申其疑義。或就其執行申其異議時。即於爲宣告之裁判所決定之。對其決定。得以抗告。

#### 第五款 民事裁判

##### 第一項 民事裁判之性質

民事裁判云者。裁判所就私法關係。解適法規。適用於特定事件之統治權作用也。易言之。裁判關於私權之爭訟。與以私法上之救濟者也。雖然。民事裁判。非徒適用解釋私法已也。惟其訴訟之目的事件。在於私權關係。故其救濟方法。僅以私法所認者爲限。究之雖民事裁判所。亦有時解釋適用公法者也。又民事訴訟。非徒關於私人間之訴訟已也。即國家及其他之公法人。亦有時就私權關係。於民事裁判所而爲原告或被告者。

也。其所以與行政裁判異者。不過行政裁判對於依行政處分而侵害公權者。與以公法上之救濟（即命行政處分之取消或變更）也。

民事訴訟。純然當事者之訴訟。原被兩造。立於對等之地位。裁判所立於裁判之地位者也。易言之。裁判所及原被兩造。就訴訟行爲。鼎足立於權利關係者也。此三者共同進行事件之手續。是曰民事訴訟。民事訴訟。與以私權之救濟爲目的。故裁判所無原告之訴。不得裁判。所爲裁判。不得涉於原告所申訴之事物以外。亦不得涉於原告之要求以上。而與以救濟者也。例如千圓之損害賠償事件。不得命爲二千圓之賠償是也。又民事訴訟。裁判所因當事者之自白而被羈束。固無論矣。若當事者或拋棄自己之請求。或認諾相手方之請求。裁判所雖明知非其事實之真相。亦不可不承認之。且當事者若爲訴訟之取下。裁判所又不能強爲裁判者也。總之民事訴訟。專在探討形式上之真實。若實體上之真實。可以從略。是與形事訴訟大異其趣者也。

## 第二項 民事訴訟之手續

### 第一目 訴訟之提起

民事訴訟手續。分爲通常手續特別手續二種。特別手續有四。(一)裁判所之督促手續。(二)證書訴訟及爲替訴訟之手續。(三)人事訴訟手續。(四)破產手續是也。此四種外之訴訟手續。曰通常手續。前所講釋者。通常手續也就通常手續言之。凡訴訟之提起。先宜以訴狀呈之於裁判所。訴狀之上(一)表示爲訴訟主體之當事者及裁判所。(二)開列請求之目的物及其原因。(三)記載一定之申訴。不具備此三者。其訴狀無效。依日本民事訴訟法。凡原告提出訴狀時。裁判所書記。本其職權。送達於被告者。送達之法。或委任於執達吏。或付之於郵便。或囑托於他官廳。亦有時送達書類張貼於裁判所之揭示板者。由訴狀送達之時。即生訴訟物之權利羈束。權利羈束云者。依訴狀之送達。訴訟法上所生之某法律關係也。其効力如下。(二)對於同一之訴訟事物。原告人不能再於他裁判所。提起訴訟。被告人

亦不得於他裁判所。提起反訴。即令提起。可以爲無答辯義務之抗辯。(一)該當事件之受訴裁判所。其管轄確定不移。(二)原告人無被告之承諾。不得變更訴訟之原因。此所謂訴訟物之權力羈束也。被告人自受訴狀送達之日起。於一定期間內。對原告之請求。呈出答辯書。其答辯方法有二。(一)妨訴之抗辯。(二)本案之答辯。妨訴之抗辯云者。被告人拒入本案之答辯也。例如該當事件。主張屬特別裁判所管轄。而不屬通常裁判所管轄。或主張屬通常裁判所管轄。而不屬特別裁判所管轄之抗辯是也。又如主張原告缺訴訟能力。或訴訟代理人缺訴訟代理權之抗辯是也。本案之答辯云者。被告人對於本案之答辯也。此答辯。或以原告之請求爲正當而認諾之。或對於原告請求之全部或一部。就法律上及事實上而爭辯之。

## 第二目 口頭辯論及準備書面

訴訟法上。有口頭辯論主義。與書面審理主義。口頭辯論主義者。使訴訟

當事者。以口語而爲辯論。裁判所據其口語所陳述者。而下裁判之主義也。書面審理主義者。一切訴訟行爲。使訴訟當事者。載記於書面。裁判所據其書面所陳述者。而下裁判之主義也。採書面審理主義。情難盡達。理多隔膜。不能得事實之真相。故近世歐洲諸國及日本。莫不採口頭辯論主義。但口頭辯論之先。以書面準備之。是曰準備書面。如訴狀。答辯書之類是也。此準備書面。當訴訟提起而尙未至口頭辯論之日。原被兩造。交換觀之。所以然者。蓋欲使當事者。各知其所持之理。以備臨時辯論。不然。枝葉橫生。茫無所措。當事者不能不爲延期之申請。徒有以稽延時日也。當辯論期日。兩造各以口頭陳述。不許以書類代之。惟口頭所陳述者。非必爲準備書面所羈束者也。口頭辯論有二。即妨訴抗辯之論辯。與本案之論辯是。妨訴抗辯之論辯。於未入本案論辯之先爲之。其抗辯有理由時。裁判所以終局判決。棄却訴訟。無理由時。以中間判決。棄却抗辯。抗辯確定之後。始移入本案論辯。此一定之順序也。

## 第三目 證據調

民事訴訟與刑事訴訟同。裁判所爲裁判之際。非依證據。不能得其心證。故證據尙焉。證據云者。裁判官得心證之材料也。認知證據材料之手段。曰證據方法。例如訊問當事者。證人。鑑定人。以及檢査證書。物件之類是也。依證據方法。採究事實真相之手續。曰證據調。證據調於裁判所行之。日本民事訴訟法。有直接依證據方法。而行證據調者。如呼出證人。鑑定人。而訊問之類是也。雖然。民事訴訟裁判所。不過因當事者所申告之證據。於其申告之範圍而爲調查。非如刑事訴訟。可以裁判官之職權。而集取證據者也。但判斷證據調之結果。以作自己之心證。與刑事訴訟同。全屬裁判官之自由者也。又當事者。有必須證明之事實。是曰要證事實。蓋要證事實。爲判決所不可缺之事實。故當事者有爭議時。不可不使之證明。亦有裁判官所不可不知之事實。如內國法之存在。世界或一國之普通事實。此爲裁判官所宜知。當事者不必證明可也。至若法律所推定之

事實。相手方所自白之事實。不必證明。

#### 第四目 判決及上訴

經口頭辯論及證據調之訴訟事件。裁判所即爲判決。其判決與刑事訴訟同。依宣告而成立。對於判決有不服者。亦可爲控訴。上告及抗告。皆於一定之期間內。由一定之人。循一定之手續爲之。至其性質效力。則與刑事訴訟。無以異也。

#### 第五目 再審

民事訴訟。雖無非常上告之途。然許爲再審之訴。再審之訴。分爲取消之訴。及原狀回復之訴二種。取消之訴者。訴訟手續上。有過誤或違法之判決。求其取消之方法也。許提起取消之訴之事項。列舉於法律。例如裁判所構成之違法。或宜除斥與忌避之判事而參與裁判者是也。當此之際。當事者之實體權。不問受損與否。皆許再訴。原狀回復之訴者。關於判決。或有可罰之行為時。或有新事實發生時。求其再審之方法也。例如對於

某事件。或有向被害者收賄之判事參與判決時。因偽造之證書而爲判決時。或因一定之情形。不能提出之證書。至後日發見時。凡此皆可提起原狀回復之訴者也。

#### 第六目 強制執行

敗訴者若服從判決。一聽裁判官之命。雖不加強制。而裁判亦可實行無滯。然敗訴者多有抗拒其判決而不聽命者。是非出以強制力。使之履行不可。此強制執行之所由生也。強制執行者。從確定判決及其他執行名義之趣旨。以公力強制敗訴者。使履行其義務之方法也。行強制執行之際。不可無所謂應執行之債務名義。即示債務之種類、範圍、履行期等。以爲強制執行之基礎及理由也。確定之終局判決。其應強制履行。顯而易見。若未確定之終局判決。亦可因假執行之宣言。而使之執行。所謂其他之執行名義云者。其例頗多。如對於外國裁判所之判決。所下之執行判決。以及執行命令、和解調書、公正證書之類是也。當強制執行之任者。或

裁判所自爲之。或委執達吏爲之。其強制執行之方法。(一)對於金錢債務強制履行者。其種類如下。(甲)差押動產。於執達吏占有之。金錢以外。則付之競賣。即以競賣之代金充之。(乙)對於債權及其他之財產權。或行差押。或爲轉付。(丙)對於不動產。或公賣之。即強制競賣是也。或據其收益充之。即強制管理是也。(二)對於金錢債務以外強制履行者。債務者將特定之動產或代替物。交付一定之數量時。執達吏即直接由債務者取之以付債權者。

#### 第四章 統治權行使之機關

##### 第一節 統治權之觀念

國家無自然之官能。當行使統治權也。必待機關之行動。其機關曰統治機關。統治機關。或由一自然人組織而成。或由數自然人組織而成。皆不視爲有人格。惟視爲國家之官能而已。與私法上法人之機關異。蓋法人之機關。視爲有人格。而置法定代理人者也。是以國家自體之人格。非統

治機關之人格。構成機關自然人之人格。亦非統治機關之人格也。統治機關中。雖公共團體。定有人格。然若僅以之爲機關。必無人格。其所以有人格者。由爲公法人之公共團體而來。蓋公共團體。一而具有公法人之性質。一而具有統治機關之性質者也。

雖然。國家政務。一日萬機。將欲治理繁頤。必設多數之機關。且必劃定各機關之範圍。以爲執行事務之標準。是曰統治機關之權限。統治機關。於其權限之範圍內。始爲國家之機關。即機關於權限內之行動。爲國家之行動。非組織機關自然人之行動也。若其行動踰越於機關之權限外。卽爲組織機關自然人之行爲。非國家之行爲也。故曰統治機關。於其權限之範圍內。始爲國家之機關。

立憲各國。其統治機關中。有與憲法共發生。而爲立憲政體所不容缺者。是曰必需機關。或曰直接機關。如君主、議會、裁判所。是也。又有因他種機關成立之後。因其機關而創設。因其命令而委任權限者。是曰隨意機關。

或曰間接機關。如君主因官制所設置之行政官廳是也。夫隨意機關。非較必需機關。可以或有或無之謂。蓋國家之統治機關。無一不爲國家所必需者。其權限內之行爲。無一不爲國家之行爲。所以與必需機關相區別者。不過其機關之設置。須因他種機關而成立耳。茲以次述立憲君主國之統治機關如左。

## 第二節 君主

### 第一款 君主之地位

論君主之地位者。言人人殊。有以爲統治權之主體者。有以爲國家之最高機關者。以予斷之。統治權之主體。在國家。而不在君主。故君主者。統治權行使之最高機關也。學者以日本憲法第一條。有大日本帝國。以萬世一系之天皇統治之之明文。因謂日本天皇。爲統治權之主體者。夫考日本之歷史。稽日本之國體。以天皇爲統治權行使之最高機關。予亦覺其不當。然憲法第四條有曰。天皇爲國之元首。總攬統治權。依此憲法之條

規行事，由是觀之。天皇果爲統治權之主體乎。若以爲統治權之主體。所謂爲國之元首。而總攬統治權云者。非重複即矛盾也。要而言之。就日本國法言。天皇之地位。不敢遽斷。就歐洲各君主國論。稽之歷史。徵之實際。皆以君主爲統治權之機關。未有以之爲統治權之主體者。惟君主之權限。因諸國法制之異同。微有廣狹之殊耳。日本天皇之權限。雖以爲統治權之總攬者。然行立法權。必經議會之協贊。國家歲出入之豫算亦然。行司法權。必以有特別保障之裁判官。所構成之裁判所。爲憲法上之必要條件。故日本天皇之權限。似廣而實狹也。

### 第二款 由君主之地位所生之權

國家之機關。雖有所以爲機關之權限。然無權利。君主者。國家機關之一也。故無權利而僅有權限。雖然。君主由自然人而成。以自然人之資格論。有獨立之人格。且可爲權利之主體。故君主亦有權利者也。茲述自然人之君主所有之權利如左。

(一)君位請求權 當君位繼承順序之自然人。有對於國家請求爲君主之權利。蓋立憲國之君主。與共和國之大統領異。共和政體國之大統領。非由選舉。不能躋此地位。若君主國之君主。苟具備一定之資格要件者。據憲法及皇室典範所定。有當然請求即位之權利。惟其資格條件。因國而異。日本憲法及皇室典範所定。以萬世一系之皇統承繼之。故天津日嗣。(猶言天位也)實日本君位請求權之主體也。

(二)不可侵權 君主神聖不可侵。所謂不可侵云者。蓋君主之行爲。法律上對於國家不負責任也。詳言之。不問爲君主行使統治權之行爲。與君主一私人身分之行爲。法律上皆無責任。故國家對於君主之行爲。未有加以裁制者也。但民事事件。亦有任其責者。

(三)尊榮權 君主居九五之尊。宜有表示榮譽於外部之權。是即所謂君主之尊榮權也。略舉如左。

(一)用一定之稱號及敬稱之權 君主有天皇、皇帝、王、大王等之稱號。

且受陛下之敬稱。蓋所以表彰國家之威嚴於外部也。

(二)有尊榮之徽章、紋章、神器、御璽等。且有有用之權。日本天皇承三種之神器。如菊桐之紋章及御璽是也。

(三)組織宮廷之權。君主以一定之吏員組織宮廷。所以表彰尊嚴於外部也。世人有論宮中府中之區別。且謂宮內官非國家之機關者。不知此說甚誤。夫宮內官。謂爲非本於憲法系統之機關則可。謂爲非國家之機關則不可。何則。蓋宮內官亦司掌國務者也。特其所掌之國務。爲附屬於君主之國務耳。

(四)財產權。爲維持君主之尊嚴。爲支給宮廷之費用。不可無一定之經費。其經費概由國家支取。故君主對於國庫。有請求經費之權。即財產公權之一種也。其經費支取之制度。因國而異。有每年使議會議之者。有每更新主而定之者。有永久支出一定之金額者。日本採最後之制度。皇室經費。依憲法制定當時之定額。每年由國庫支出。

之。惟將來必須增額之時。須經議會協贊。此外君主因私法上之行為。得有私有財產。又因皇族族長之地位。得有世襲財產。然皆非因君主之地位所有之財產公權也。惟皇室典範所定之世傳御產。非因皇族族長之地位而有。實因天皇之地位而有。謂爲財產公權也可。

### 第三款 君位之繼承

#### 第一項 君位繼承之觀念

國法學者曰。君主不死。蓋以君位一日不可曠闕也。若君位有曠闕。即國家統治權之行使有滯塞矣。雖然。居君主之地位者。自然人也。自然人不能免夫死亡。君主即不能免夫薨逝。因此理由。諸國國法。爰大書特書而規定之曰。君主御崩。皇嗣即踐祚。蓋欲使君位亘萬世而不中斷也。是以前君主失位之時。即後君主即位之時。謂曰君主不死。洵可闡明此法理而無餘蘊者矣。前君主因死亡或因他事故而喪失君位時。其有繼承權

者。當然繼登天位。是曰踐祚。或曰皇位之繼承。如行即位之式。非踐祚之要件。故踐祚之日。與行即位式之日。不須同日亦可。

第二項 君位繼承之資格

君位繼承之資格。因國情及沿革而異。茲就多數君主國。舉君位繼承之重要資格如左。

(一)祖宗之後裔 君位之繼承。重視血統。非厥初開國君主之血統。不能有君位繼承之資格。此君主國普通之原則也。日本憲法第一條曰。以萬世一系之天皇統治之。是日本對於此原則。最爲完全美備。萬世之後。決不至有變更之虞。即憲法上無此明文。亦無不信爲當然者。

(二)男系之男子 歐洲君主國中。有不準此原則者。例如英吉利荷蘭是也。日本歷史。亦非無二三變例。有女主聽政之時。然大體言之。皆據男系男子之原則。邇來改行憲政。特於皇室典範第一條曰。大日本國皇位。以祖宗之皇統男系之男子承繼之。自是而後。當萬世不變矣。

(二)能力者 已承繼君位之君主。陷於無能力之時。以之爲喪失君位之原因外。更設置攝政。使爲補充其能力之機關。蓋君主國之通例也。然當繼承之順序。而尙未登君位者。若陷於無能力時。不能不依一定之手續。變更繼承之順序。而使有能力的者。當其順序焉。此不但事實上所宜然。亦所以鄭重皇位也。日本皇室典範第九條曰。皇嗣之精神或身體有不治之重患。或有重大之事故時。諮詢於皇族會議及樞密顧問。得以變更皇位繼承之順序。由是觀之。無能力者。不能有繼承之資格也。明矣。多數君主國。皆認此制。

右舉三者之外。尙有以嫡出之皇子。與信特定之宗教。爲皇位繼承之資格要件者。日本無此規定。

### 第三項 君位繼承之順序

君位繼承之順序。主義有三。即最近親主義、年長主長、直系主義、是也。此三主義。非必互相排斥。乃互相併用者也。日本國法。調和此三主義而用

之。即皇位(一)傳皇長子孫。(二)皇長子孫不在時。順次傳皇兄弟及其子孫。皇伯叔父及其子孫。其所以先傳皇子孫者。採直系主義也。皇子孫必先傳皇長子孫者。採年長主義也。皇長子孫不在。而傳之於皇兄弟及其子孫。皇伯叔父及其子孫者。採最近親主義也。庶子雖最近親。然不得不讓嫡出。故庶子後嫡子而承繼。

#### 第四款 君位之喪失

據多數君主國之法制。舉君主喪失其地位之原因如左。

(一)崩殂 君主崩殂。爲君主喪失君位之原因。無容深論。

(二)讓位 讓位云者。爲君主之自然人。拋棄君位之權利也。攷之各國。皆有其例。日本歷史亦然。然現今皇室典範。不認此制。故天皇一旦踐祚之後。非至崩殂。不能辭讓皇位。惟有特別事故時。可置監國而已。

(三)廢位 廢位云者。非出君主之意思。而受廢黜之謂也。歐洲各國君主。若違反憲法。或破信教之宣誓。或違反法律之規定而結婚者。皆爲

廢位之原因。攷之日本國史。亦有其例。然皇室典範。不認此制。

### 第五款 攝政

若君主缺乏能力不能親政。則國家之機能爲之屏息。國家之綱紀爲之廢弛。於是補充此能力之機關。有不能不設置者。攝政者。即君主缺乏能力之際。以君主之名而行大權之國家機關也。據日本國法。天皇未達成年。或有久亘之故障。不能親大政時。具有攝政資格及順序者。當然而任攝政。所謂久亘之故障云者。指因疾病及他之事由。身體或精神。有重大且永久之故障而言。至確定其事實。則因皇族會議及樞密顧問之議決。由是而言。攝政者。因天皇無任命、委任、能力之時間而設置者也。故攝政非由天皇之委任。亦非由天皇之任命。使天皇有委任或任命之能力。即無取乎攝政爲也。學者有謂攝政非暫時之君主。蓋以有攝政之時。而君主依然君主也。夫攝政非君主。固不待言。然攝政者。以天皇之名而行大權之機關也。攝政之行爲。即爲天皇之行爲。若有攝政之際。其行爲非依攝

政機關者。國法上不認爲天皇之行爲也。

### 第三節 國務大臣及樞密顧問

君主國爲輔弼君主之機關者。國務大臣也。立憲國之國務大臣。亦爲憲法所定之國家機關。據日本憲法。國務大臣。專以輔弼天皇爲職分。易言之。國務大臣。當天皇行大權之際。或敷陳意見。或應對諮詢。輔翼獻替而外。別無執掌之政務者也。雖然。據現行之制度。國務大臣。同時兼爲各省長官。似有國務大臣即爲各省長官之疑。不知國務大臣自國務大臣。各省長官自各省長官。品位職守。各有攸殊。且爲各省長官。憲法上非必爲國務大臣之要件。雖非各省長官。亦無妨任爲國務大臣者也。國務大臣合議之府。名曰內閣。內閣合議之事。名曰閣議。

國務大臣。旣以輔弼天皇爲職務。故凡法律勅令。以及關於國務之詔勅。皆宜副署。以明輔弼之責。是爲憲法上之必要條件也。易言之。國務大臣之副署。對於法律勅令及關於國務之詔勅。使生效力之必要形式也。

日本憲法。以樞密顧問。爲應對天皇諮詢。審議重要國務之機關。故樞密顧問。亦爲憲法上所認之國家機關也。

#### 第四節 議會

##### 第一款 議會制之由來

議會之制。所以使國民參與統治權行使之機關也。國民之意向。由是表彰。社會之利益。由是保護。故爲立憲政體所不可缺之要素也。顧中古之際。人民之間。有貴族。地主。武士。僧侶。諸階級。各階級皆有團體。各團體皆有特權。當時之議會。乃集各團體之代表者。而以代表已團體之特權與利益爲目的者也。時至今日。階級之團體亡。特權之制度廢。所有議會。爲國民全體之代表會。所有議員。爲國民全體之代表人。試證之法理。攷之政論。無可疑議者也。且即歐洲各國之憲法史觀之。歐洲各國之議會制。無一非因君主之壓制。爲保護人民之利益而起。故議會者。所以代表國民。代表社會。而蒐集各地方之民情。各階級之利益。於一堂者也。其議員

特命名曰代議士。亦有由矣。學者又有以議會爲社會民情之地圖者。有以爲縮寫民情社會之小照者。洵皆中肯之言。足以闡明議會之性質矣。接近世諸國之法制。除二三小國。議會採一院制外。其餘皆以二院組織而成。蓋歷多年之經驗。以二院制適於事宜也。試舉二院制之善。

(一)有上院。凡門閥學識財產之上級社會。可以代表。有下院。凡普通國民之利益。可以代表。於是二者之權衡。可無畸重畸輕之弊。

(二)行一院制。議員往往激於一時之感情。雷同附和。出於輕舉妄動者有之。有二院互相牽制。不至有鹵莽債事之弊。

(三)行二院制。其慮得失也詳。其計利害也審。有審慎商榷之美。無躁妄誤國之譏。

採二院制之國。總稱兩院曰議會。故議會之議決。必經兩院之議決。若一院可決一院否決者。非議會之議決也。其召集開會。停會。及閉會等。兩院同時行之。但日本國法。衆議院解散之時。即命貴族院停會。不能同時命

其解散者也。兩院之權限。以對等爲原則。凡建議、上奏等。皆各自獨立爲之。

### 第二款 議會之地位

議會與國民之關係。非私法上之代理關係。何則。凡議會不問爲一院制與二院制。莫不以之爲國家之機關。所有權限。以參與統治權之行使及議定法律案、豫算案等爲範圍。國民不過對於此機關之組織。有參與之權而已。其參與之行爲。是曰選舉。由人民選舉之議員。其於議會發表示見、表決從違者。蓋爲國家機關之構成分子而活動。非爲人民之代理而活動。所謂公之職務是也。故曰國民雖選舉議員。然非私法上之代理關係。

議會雖爲國家之機關。然所有之地位。因諸國之組織及歷史而異。以日本論。行立法權者。在總攬統治權之天皇。議會惟盡協贊之任而已。易言之。議會僅議定法案。其使法案爲法律也。仍俟天皇之裁可。若民主國。以

議會行立法權。議會所議決。即生法律之効力。大統領不過有拒否權及再議請求權而已。

### 第三款 議會之組織

#### 第一項 上院之組織

立憲諸國之制度。上院之組織。或採選舉之方法。或採選舉以外之方法。採選舉方法組織者。例如北美合衆國。瑞西。設一定之標準。以與下院之組織相區別。或增高年齡之限制。或加重財產之資格。或行間接選舉之方法。是也。此外各國。皆採選舉以外之方法。然其組織之分子。亦不可概論也。

據日本國法。貴族院以皇族、華族、勅選議員、及多額納稅者組織之。即（一）皇族之男子。達於成年者。當然爲貴族院之議員。（二）公侯爵滿二十五歲時。當然而爲議員。（三）伯子男爵滿二十五歲時。由同爵中互選而爲議員。其數不可超過伯子男爵總數五分之一。其任期七年。（四）滿三十歲以上

之男子。有勳勞於國家或有學識者。由勅選任爲終身議員。(五)滿三十歲以上之男子。因土地或商工業。納多額之直接國稅者。由十五人中互選一人。經勅任而爲議員。其任期七年。然歐洲諸國政治。多爲宗教上之勢力所左右。故今日尙有大僧正僧正等之僧職。居上議院議員之席。又有由大學、學士會院等。選出上院議員者。其例亦多。

## 第二項 下院之組織

各國下院制度。皆以人民所選舉之議員組織而成。攷日本衆議院議員選舉法。有選舉權者。以日本帝國臣民之男子。年齡滿二十五歲以上。而有住所及財產爲限制。有被選舉權者。僅以年齡滿三十歲之男子爲限制。所以除去財產之限制者。蓋欲廣登進之階也。今就議員選舉之方法分論如左。

(二)選舉區及選舉方法 當行選舉時。劃分全國爲多數選舉區。此諸國之通例也。以出一名之議員爲限度而定選舉區域者。曰小選舉區制。

以出數名之議員爲範圍而定選舉區域者。曰大選舉區制。日本採大選舉區制。蓋以府縣爲一選舉區者也。試述選舉之方法。

(一)多數代表制 多數代表制云者。以得多數選舉人之投票者。而爲當選者之謂也。此制有二種。(一)得投票之過半數而爲當選者。現今歐美諸國之多數。採用此制。(二)得投票之比較多數而爲當選者。英吉利西班牙。行此制度。

(二)少數代表制 少數代表制云者。選舉人中的一部。雖少數者。亦使選出代表者之制度也。其種類有七。

有限選舉法 由一選舉區。選出數名議員時。其選舉人。不能對於議員全數有投票權。而限制其數之謂也。例如某選舉區。宜選出議員五人。各選舉人。不與以五名投票權。僅與以三名投票權之類是也。據此方法。所選出之議員。不至爲區內多數黨派所獨占。而少數黨派。亦可選出代表者也。

積聚投票法 由一選舉區選出數名議員時。各選舉人。可應議員之數而有投票權。不必限制其數者也。且選舉人。不必每票各投一候補者。所有之投票。全數專投一人之候補者可。分投數人之候補者亦可。故雖屬少數黨派。亦可以全數投票。集中於一人之候補者。而舉出其代表也。

商數選舉法 以議員之總數。除全國選舉人之總數。其所得商數。爲選出議員一人之定數。得此定數之投票者。即當選者是也。行此選舉法時。各選舉人之投票權。必限以一人一票。又一區出數名議員之際。得於其區內行此選舉法。

階級選舉法 此選舉法。應學識經驗之程度。或財產納稅之多寡。而其投票權有等差者也。其意欲使上流之少數者。不至爲下級之多數者所壓倒。究之分別各人之等級。頗難得其標準。所謂能言不能行之制也。

等級議權選舉法 此法對於可爲議員之投票數。先設一定點。凡得是點以上之投票數者。皆爲議員。其議員之議決權。應得票之多寡。而有等差。例如得百票之議員。有一分之議決權。得二百票之議員。有二分之議決權是也。

團體代表選舉法 此法使國內各種之團體。皆選出代表者之謂。如農民團體、商人團體等。皆使選出若干名之代表者是也。雖然。此選舉法。如何而區劃爲無數團體。其團體之投票權。與宜選出議員之數。如何而定。頗難解決之問題也。即令得以定之。而國家事務。多有屬於各種團體之利害問題以外。而爲全體之政治問題者。若據此法。不獨不便實行。抑且有戾實際。

比例分配選舉法 此法爲最進步之選舉方法。其法使一選舉區選出數人之議員。當選舉時。以議員之數。除現實投票之總數。即以所得商數。爲各黨選出議員之投票數也。例如一選舉區。選舉議員七

人。其現實投票總數有七萬。以七除七萬。得一萬。此一萬。即爲各黨選出議員一名之投票數也。若甲黨得票三萬。乙黨二萬。丙丁黨各一萬。即甲黨出議員三名。乙黨二名。丙丁黨各一名也。又各黨內部。以其黨之候補者中。得多數之投票者。順次定爲當選人。依此方法。各政黨應所有選舉人之數。舉出代表。且可舉出名譽較高者。故較前數法爲善。

(二)投票區及投票方法 選舉因投票而行。投票時。有投票區。日本現行法。以各市町村爲一投票區。投票區中。有投票所。選舉人至投票所用投票紙。記載被選舉人之姓名。投於投票函中。是曰投票。投票方法。有限一票記載一人者。曰單記法。有一票記載數人者。曰連記法。日本則採單記法制度。又選舉人當投票之際。記載已之姓名於投票紙者。曰記名投票。不記載已之姓名者。曰無記名投票。日本則採無記名投票制度。

(三)開票區及開票方法 開票時。有開票區。日本現行法。以各郡市爲一開票區。以郡市長爲開票管理者。所投之票。由開票管理者。於開票所計算檢點。隨即報告其結果於選舉長。選舉長開選舉會。調查其報告書。以得有效投票之最多數者。定爲當選人。雖然。以選舉區內議員之定數。除選舉人名簿所記載之總數。若被選人之得票。不及其得數五分之一者。不得爲當選人。當選人確定之後。由選舉長通知之。當選人受此通知。即宜爲諾否之意思表示。此意思表示。通知於選舉長。若表示承諾。始取得議員之地位。故議員之地位。由表示承諾之時而始發生者也。

#### 第四款 議會之權限

議會爲國家統治機關之一。非人格者。故無權利。而僅有一定之權限。其權限之實質。難於列舉。不過因形式而限定之耳。即議會以一定之形式。關於國家全體作用。皆可參與者也。例如據立法之形式而參與政務。據

豫算豫定與上奏、建議、質問之形式。而影響於行政之類是也。雖然。由日本國法觀之。議會之權限。大要如左。

(一)協贊 議會對於法案及豫算。有協贊權。是爲議會權限中之最大者。  
(二)承諾 議會對於緊急勅令、豫算超過、及豫算外支出。有事後承諾之權。

(三)上奏 兩院可各自上奏天皇。然天皇與以勅答。容其希望與否。則屬天皇自由。其上奏之事項。有關於儀式者。有關於政治者。關於儀式者。如奉答勅語、進呈賀詞之類是也。關於政治者。如敷奏立法行政之意見、舉劾政府大臣之措施是也。

(四)建議 關於法律及其他事件。兩院可各自建議於政府。其建議事項。不問關於司法與行政。要之議會對於政府。述將來之希望者。政府決不可不受理。惟覆答與否。屬政府之自由。

(五)請願之受理 請願云者。關於公益或私益事項。希望國家將來爲某

行爲之謂也。兩院皆可受理國民所提出之請願書。議院中設置請願委員。審理請願書。有可採擇者。即附以意見書。呈之政府。

(六)報告及文書之請求。議院爲審查事件。得以質問政府。請求其報告及文書。政府除涉於秘密者外。不可不應其請。然議會對於外部(即第三者)無命令之權限。故不得向人民發布命令。或發表告示。即爲審察事件。亦不得召喚人民。或派出議員。又議會除國務大臣及政府委員外。不得向他之官廳及地方議會。照會往復。

(七)訴訟之提起。有彈劾大臣制度之國。議院對於大臣有彈劾之起訴權。然日本不認彈劾制度。惟對議會公然爲誹毀侮辱者。議會有提起告訴之權。

(八)裁判。各國上院。往往裁判下院之大臣彈劾事件。及重大之犯罪事件。日本無此制度。貴族院惟對於議員之資格及選舉之爭訟。可判決之耳。衆議院就議員之資格。雖有審察之權。然無判決選舉爭訟之權。

(九)貴族院之特別權限 日本貴族院。有應天皇之諮詢。議決關於華族特權條規之權。

(十)議院內部之整理 關於議院內部整理事項。兩院可制定規則。且有施行之權限。當開會中。爲維持其規律。得於院內行使警察。且兩院有懲罰議員之權限。其懲罰方法。爲譴責、謝辭、出席、停止、除名、等類。又有選舉院內職員之權限。如下院選舉議長、副議長、委員之類是也。

#### 第五款 議會之會期

議會非常時動作之機關。於特定期間內動作之機關也。議會之會期云者。即指此動作之期間而言。據日本憲法。通常議會之會期。定爲三月。臨時議會之會期。因勅令而定。且可因勅令延長會期也。其會期以開會之日始。閉會之日終。停會者。於會期中特定之期間。停止議會動作之謂也。今分論之如左。

(一)召集 日本憲法第七條及第四十一條。有召集帝國議會之文字。召

集云者。召集組織帝國議會之議員也。易言之。召集多數之意思主體。集合於同一地方之謂也。蓋議員雖爲意思之主體。然不能因議員任意之集合而開會。必俟召集之後。因一定之形式。始得開會者也。故議員之召集。可謂開會之準備行爲。日本議院法第一條曰。召集之勅令。定集會之期日。於四十日前發布之。其通常議會之召集。與臨時議會之召集。皆無差異。但臨時緊急之際。則議院法第一條之規定。可解爲不能適用。如日清戰役之際。召集議員於廣島。日俄戰爭之際。召集議員於東京。其發布召集勅令之日。距勅令所指定集會之期日。蓋無四十日之猶豫者也。

(二)開會 開會云者。使議會動作開始之謂也。議會之行爲。因開會而始生。據日本議院法。議員自召集勅令所指定之期日。集會於各議院之會堂。選舉職員。分定部屬。於是議院始告成立。成立之後。更以勅令定議會開會之期日。使兩院議員。會合於貴族院。舉行開會式。故開會式

者。議會開會之形式也。其會期由開院式舉行之日起算。各議院之議事。即由此日開始。

(三)停會 停會云者。會期中停止議會之動作也。據日本憲法第七條之規定。命停止議會之權。屬於天皇。然議院法第三十三條。又有政府無論何時。於十五日以內。得命議會停會之規定。於是乃生議院法與憲法相牴觸之虞。夫議院法第三十三條之日文。固不能謂爲無病。然既有憲法第七條之明文。則議院法第三十三條之所謂政府云者。可作指示天皇之意解釋之。故命令之權。仍屬天皇也。

停會者。停止開會之効力也。非會期之中斷也。故停會之期間。亦列於會期中計算。停會期間終結而再開會者。仍繼續停會前之動作而議事。雖然。由衆議院之解散。貴族院亦因而停會者。與普通之停會。名同而實異。蓋貴族院因衆議院之解散而停會者。與閉會同其効力者也。(四)解散 解散者。僅對於衆議院行之者也。即對於衆議院議員全體。於

法定任期末滿之先。使消滅其議員資格之謂也。雖然。議員之資格。雖被消滅。而議員之被選資格。未嘗剝奪。故雖受解散之議員。次期選舉。仍無妨再選爲議員者也。

衆議院被解散。貴族院同時停會。議會非再受開會之召集。不能動作。故議會之會期。亦可謂因解散而終止者也。解散多於會期中行之。閉會中亦有行之者。解散之後。宜布勅令。使選舉新議員。並從解散之日起。五閱月以內。不可不召集新議員。新議員非經召集一次。不能解散。

(五)閉會 閉會云者。使議會終結其動作之謂也。易言之。因會期告終。議會當然不能動作而閉會也。閉會之際。所未議決之議案。後會期不能繼續審議。閉會時。須行閉會式。與開會式同。具閉會之儀式而已。

#### 第六款 議會之議事

凡上下院。皆各別自開會議。日本議院法。貴衆各院。非有總議員三分之二以上出席者。不得開會議而爲議決。各院之議事。以過半數決之。可否

同數時。決於議長。各院之會議。以公開爲原則。若因政府之要求。或議院之議決。可作爲秘密會。會議之順序。先由議長定議事日程。報告議院。議院從其順序。討論議決。議決法案。以經三讀會爲原則。若經多數贊同者。可省略第三讀會之順序。又政府之提出案。先宜付之委員。經委員審查後。始付本會議議決。此爲議會議事之大略也。

#### 第七款 議員之地位

議員構成議會。參與立法。行國家重大之職務者也。其與政府之關係。若不保障其獨立。必受行政權之抑壓。即不能盡言論表決之職。是以諸國憲法。皆對於議員之地位。與以一定之保障。今即日本國法。述其大要如左。

(二)發言表決之無責 使議員於院內盡情發表其意見。且自由而爲表決者。憲政之精華也。故議員在院內之發言表決。於院外不負責任。易言之。議員不因院內之言論。而受民事刑事之訴追也。雖然。議員自以

演說、刊行、筆記、其他之方法。而公布言論者。不在此限。仍一律受法令所定之處分。且院內發言表決。雖不於院外任民事上刑事上之責。然於院內不能不受懲罰及其他之處分也。

(二)身體之自由 議員於會期中。若許其隨意逮捕。不但使議員不能盡職。且恐行政機關。有濫用逮捕權以壓制議員之弊。故在議會會期中之議員。除(一)犯內亂外患之罪與現行犯。(二)得院內之許諾外。不得逮捕。

(三)刑罰法令之保護 有關於公務。對議員而加以誹毀侮辱、暴行脅迫。以至毆傷者。宜受刑罰之裁制。

#### 第五節 官廳及官吏

##### 第一款 官廳及官吏之觀念

##### 第一項 官廳之觀念

就普通之觀念言。官廳者。指辦理國家事務之建物及營造物而言。然就

近來行政法上之觀念言之。非辦理建物或營造物之謂。乃指示統治機關之一也。其統治機關。有一人或數人之官吏。其官吏對於外部。有代表國家之權限者。是曰官廳。例如各省大臣。府縣知事。於一定之權限內。對於外部。爲國家之代表機關。故爲官廳。可知官廳者。以官吏而成之機關也。然官吏非必盡爲官廳。官吏而對於外部。有代表國家之權限者。始曰官廳。若各省次官以下之官吏。府縣書記官以下之官吏。官吏也。然非爲代表國家之官吏。不過爲官廳補助之官吏。故不得以官廳名。又機關亦非必盡爲官廳。機關而對於外部。有代表國家之權限者。始曰官廳。若國務大臣與樞密顧問。機關也。然非爲代表國務之機關。不過爲輔弼天皇。應對諮詢之機關。故亦不得以官廳名。官廳對於外部。爲國家之代表機關。既知之矣。其代表之行爲。爲行政行爲者。是曰行政機關。由司法行爲者。是曰司法機關。

官廳之組織。有單獨制及合議制二種。單獨制之官廳。以一人之官吏組

織而成。其一人之意思。即爲國家之意思。合議制之官廳。以數人之官吏組織而成。非據一定之方法。結合數人之意思爲一意思。不能定爲國家之意思。雖然。單獨制之官廳。其意思之決定。非無補助之者。然其決定之權。專屬於一官吏之身。故以此一人之意思。即爲國家之意思。合議制之官廳。皆有意思決定之權。非此官吏而爲彼官吏之補助者也。故決定爲國家之意思。必因一定之方法而結合之。結合之法。有採過半數法者。有採比較多數法者。因此之故。合議制之官廳。非以三人以上之官吏組織之不可。何則。若以二人組織之。當意思分歧之際。無由結合之也。至於某種官廳。宜採單獨制。某種官廳。宜採合議制。無一定之原則。不過因事務之性質。斟酌之耳。

## 第二項 官吏之觀念

官吏之觀念。學說紛如。其中如日本官制。尤極錯雜。不敢遽斷一定之觀念。然大概言之。官吏云者。因任命之形式。或選舉之方法。本於公法上之

契約。立於特別之服從關係。負擔國家事務之自然人也。試分析釋之如左。

(一)官吏關係之設定。依任命之形式或選舉之方法。本於公法上之契約者也。

官吏關係之設定也。不問由任命之形式或選舉之方法。必經本人之承諾。是所謂公法上之契約。例如兵隊。對於國家立於特別之服從關係。有掌管國家事務之義務者也。似可謂之官吏。然其義務。不問本人承諾與否。國家可以強制之。故不得名爲官吏。又如志願兵。非國家強制之使負擔義務。一由於本人之志願。是若本於公法上之契約。謂爲官吏。無不可者。然其設定也。非因任命之形式。非由選舉之方法。亦不得謂之曰官吏。又有雖掌管國家之事務。非本於公法上之契約。亦不得名曰官吏者。例如雇員是也。蓋雇員本於私法上之契約而使用之。非本於公法上之契約而任用之。此與本於鐵道會社之契約。使之輸

送軍隊。本於郵船會社之契約。使之運送郵便物者。無以異也。

日本之巡查。就其本質論。無妨謂爲純然官吏者。然日本現行法。不以之爲官吏。而以之爲準官吏。其意蓋以巡查之俸給。由於地方稅支給故也。元來日本制度。常以俸給由國庫支給與否。以定爲官吏與否之標準。非必以事務之性質爲標準者也。不知此種制度。不特不能得正確之標準。若無俸給之官吏。其將何以定其身分耶。

(二)官吏立於特別服從關係之地位者也。

特別之服從關係云者。即服從上級機關監督之關係也。故雖原於公法上之契約。掌管國家之事務。若非立於特別服從關係之地位。不得謂爲官吏。例如議員。不問由選舉與任命而出。皆本於公法上之關係。掌管國家之事務者。然以無特別之服從關係。故不得以官吏名之。

(三)官吏負擔掌管國家事務之義務者也。

官吏有掌管國家事務之義務。此官吏性質上固然之理。且所謂掌管

事務者。不必以現時爲要件。故休職之官吏。亦官吏也。

匹官吏必爲自然人也。

法人雖無妨爲國家之統治機關。然官吏必以自然人充之。故法人不得爲官吏。

以上所述。關於官吏觀念之大體也。然精密言之。官吏亦因官吏之性質而異。未可一概而論。就官吏關係之消滅言之。原因不一。其主要者。(一)官吏之死亡。(二)受刑之宣告。(三)任期終滿。(四)廢官廢廳。(五)休職期間告終。(六)免官等類是也。

## 第二款 行政官廳

行政官廳。有爲憲法上之必需機關者。如日本之行政裁判所。民主國之大統領是也。然據日本憲法。定普通行政各部之官制。屬於天皇之大權事項。是使普通之行政官廳參與行政者。非爲憲法上之必要條件。因而普通行政官廳。爲直隸於天皇之機關。其改廢易置。統屬於天皇之自由

者也。普通行政官廳。有中央官廳及地方官廳之別。其職權及於全國。不限以管轄區域者。曰中央官廳。其職權限以一定之管轄區域者。曰地方官廳。如日本之各省大臣。可謂中央官廳。蓋各省大臣。一面立於國務大臣之地位。爲輔弼天皇之機關。一面統轄行政之一部。爲最高單獨制之中央官廳也。內閣總理大臣。亦有時以國務大臣而兼行政長官。然其主要職務。在宣奏機務。奉承勅旨。以保持行政各部之統一而已。至於對於外部。有代表國家之權限。如各省大臣者。殆甚鮮也。惟關於一定之事項。可發閣令。因一定之情形。可中止各省大臣之處分及命令耳。內閣以各省大臣及特旨使參列閣議之國務大臣組織之。然國務大臣。以輔弼機關兼爲各省大臣。關於主管事務。直接對天皇負其責任。故所謂內閣者。不過國務大臣之協議府而已。當土地收用而判認爲公益事業時。與裁判各省大臣之主管爭議時。以內政之閣議而決。斯時可謂內閣爲合議制之中央官廳也。至地方官廳。其類頗多。舉其要者。如臺灣總督、警視總監、

北海道廳長官、府縣知事、郡長、島司等是也。但府縣知事、郡長等，一面爲行地方行政之國家機關，一面爲公共團體之機關者也。

### 第三款 司法官廳

司法官廳。通常稱司法裁判所。又略稱裁判所。立憲國之司法裁判所。爲憲法上之必需機關。故其構成組織。因法律而定。君主雖爲統治權之總攬者。而其易置改廢。皆以不委於君主爲原則。是蓋日本憲法第五十七條「司法權以天皇之名。於裁判所行之。」裁判所之構成。以法律定之。所明示者也。依裁判所構成法。司法裁判所。有區裁判所、地方裁判所、控訴院、及大審院四種。區裁判所。爲單獨制之司法官廳。裁判民刑訴訟<sub>（一）</sub>輕微事件。及非訟事件。地方裁判所。爲合議制之司法官廳。分第一審與第二審。第一審。裁判民刑訴訟之稍重事件。及破產事件。第二審。<sub>（二）</sub>裁判區裁判所所判決之控訴。<sub>（三）</sub>裁判區裁判所之決定及命令。定於法律之抗告。控訴院亦爲合議制之司法官廳。<sub>（四）</sub>裁判地方裁判所第一審所判決之控

訴。而爲第二審。(二)裁判地方裁判所第二審所判決之上告(對於區裁判所第一審之判決而控訴於地方裁判所者)而爲第三審。(三)裁判區裁判所之決定及命令。定於法律之抗告。若東京控訴院。對於皇族之民事訴訟。有第一審及第二審之裁判權。大審院亦爲合議制之司法官廳。(一)裁判控訴院第二審所判決之上告(對於地方裁判所第一審之判決而控訴於控訴院者)而爲終審。(二)裁判對於皇族之民事訴訟。屬於控訴院第二審所判決之上告。而爲終審。(三)裁判對於皇室而犯罪者。及皇族犯罪宜處禁錮以上之刑者。而爲豫審。及終審。是爲各裁判所所有之裁判權限也。夫所謂單獨制之司法官廳云者。非僅置裁判官一人之謂也。乃對於特定之事件。當審理裁判之任者。僅一裁判官任其責而已。故雖區裁判所。設置數裁判官。未嘗不可。又合議制之司法官廳云者。亦非裁判所所有裁判官全體之合議也。不過對於特定之事件。當審理裁判之任者。數裁判官之合議耳。即地方裁判所以判事三人。控訴院以判事五人。

大審院以判事七人之合議。而行司法權者也。

## 第六節 公共團體

### 第一款 公共團體之地位

公共團體者。公法人之一種也。就有獨立之人格言。原與國家無異。然而公共團體。國家據法律而創設之。於一定之地域內。使行國家之事務。以爲生存之目的者也。是其地位。雖獨立之人格者。亦國家之統治機關也。故公共團體所行之事務。一面爲團體自身之事務。以達其自存之目的。一面爲國家之事務。以完全其爲國家機關之權限。因而國家對於公共團體之事務。以爲必宜監督時。或強制處理之。或代爲執行之。無不可也。公共團體。以國家之事務。爲自存之目的。爲己之事務。而處理之者。是曰自治。公共團體之行政。曰自治行政。自治行政云者。對官治行政。即國家直接因官廳所行之行政。而言者也。又自治云者。以廣義言之。個人自理私事。國家自行政務。部落共同處理有關利害之事項。皆不失爲自治。然

茲之所謂自治。非指此廣義而言。乃本於沿革上之意義。指公共團體。以國家之事務。爲自存之目的。爲己之事務處理之者而言也。故公共團體。又曰自治團體。

## 第二款 公共團體之區別

公共團體。以事務即存在目的之範圍爲標準。區別爲普通公共團體及特別公共團體。普通公共團體者。於一定地域內。處理一切公共事務之團體也。特別公共團體者。處理特種公共事務之團體也。普通公共團體一曰地方團體。又曰地方自治體。國家不問團體員之意思何如。皆以法律創設之。即絕對的強制團體也。今即此二種公共團體。述其大要如左。

### (一)普通公共團體

普通公共團體。通常分爲數級。日本以市町村爲最下級之公共團體。町村之上。有郡公共團體。郡與市之上。有府縣公共團體。試述各級公共團體組織之大要。

(二)市町村 市町村於一定之地域內。行國家之事務。故市町村自治權限之範圍。即以市町村之地域爲界限。構成市町村之各員。是爲住民。市町村住民。有使用公共營造物。及團體所有財產之權利。有分任團體負擔之義務。住民中具備左之條件者。即爲公民。

(甲)日本帝國臣民。故外國人不得爲公民。

(乙)有公權者。故剝奪公權。停止公權者。不得爲公民。

(丙)獨立之男子。獨立云者。滿二十五歲以上而自成一戶。且未受禁治產之宣告者。

(丁)二年以上爲住民。分任其市町村之負擔。且於市町村内。納地租。或直接國稅二圓以上者。

爲公民者。有參與市町村選舉之權利。有被選爲市町村名譽職之義務。名譽職之擔任。一面爲公民之權利。一面爲公民之義務。被選爲名譽職者。無正當之理由。無得拒辭。辭則加以一定之裁制。

市町村一面爲國家之機關。一面爲自治團體。當行己之事務。必具備己之機關。其機關組織之法。通例皆因選舉。亦有時因國家之任命者。殆甚鮮也。其機關別爲二種。一意思機關。一執行機關。意思機關。即市町村會也。有議決之權限。無執行之權限。故不能對於外部。爲市町村之代表。執行機關。執行意思機關所議決之事務。故對於外部。有代表市町村之權限。町村之執行機關。爲單獨制之町村長。市之執行機關。爲合議制之市參事會。市參事會。係由市長、助役、名譽職、及市參事會員等組織而成。構成意思機關者。由市町村之公民選舉而出。構成執行機關者。由意思機關選舉而出。惟市長由內務大臣。使市會推薦三名之候補者。上奏之後。受就職之裁可者而後任之。是可謂特例也。

(二)郡 郡以所含町村之區域。爲己之區域。故町村以外。無所謂郡之區域。町村之境界有變更時。郡之境界亦隨而變更。又町村之住民。

即爲郡之住民。故町村之住民以外。無郡之住民。町村之公民以外。無郡之公民。因而於郡有選舉權及被選舉權者。即以町村之公民定其資格。郡與市町村同。爲行己之事務。有意思機關及執行機關。其意思機關。一爲郡會。一爲郡參事會。郡參事會。由郡長。名譽職。參事會員等組織而成。二者皆爲合議制之機關。其執行機關。則爲郡長。郡長即官吏。單獨制之機關也。

(三)府縣 府縣以所含郡市之區域。爲己之區域。府縣之住民。即市町村之住民。故市町村之公民以外。別無府縣之公民。於府縣有選舉權及被選舉權者。亦即以市町村之公民定其資格。府縣亦與市町村同。爲行己之事務。有意思機關及執行機關。其意思機關。一爲府縣會。一爲府縣參事會。府縣參事會。由府縣知事。府縣高等官二名。及名譽職。參事會員等組織而成。二者皆合議制之機關也。其執行機關。爲單獨制之府縣知事。府縣知事。與郡長同。亦官吏也。

## (二)特別公共團體

地方自治之事務。多以普通公共團體行之。然特定之事務。或有涉及數普通公共團體。而又難屬於上級團體者。或有附於普通公共團體。而不足以謀其發達者。於是乎國家以法律規定。創設特別公共團體。此團體與普通公共團體同。無組織之團體員。不能成立。然有與普通公共團體異者。普通公共團體。以一定之地域爲要素。特別公共團體不然。無地域。其團體仍然成立也。

特別公共團體之中。有絕對的強制團體。有相對的強制團體。有任意的團體。如水害豫防組合。絕對的強制團體也。如普通水利組合及商業會議所。相對的強制團體也。如一部町村組合。任意的團體也。無論何種團體。皆備有有意思機關及執行機關。以處理特種之事務。而達其自存之目的。

### 第三編 國民權關係

個人對於國家所有之公權。學者議論各殊。其一爲波倫哈克派。波氏曰。國家對於國民。有權利而無義務。國民對於國家。有服從之義務。無要求之權利。蓋以國家爲法律之源泉。立於法規以外。超乎法規之上。而不受法律之羈束故也。雖然。國家制定法律之後。當未至改廢之際。雖國家自體。亦宜在羈束範圍之中。若謂立於法規以外。超乎法規之上。國家及統治權。將不得以法律解釋之矣。國家與國民之間。將不生法律關係矣。國家及統治權。非爲法律上之權利。不過爲事實上之統治矣。豈不與近世法治國之觀念相刺謬乎。夫近世之法治國。皆認國家有權利。有義務。國家之義務。是即國民之權利也。一爲馬葉派。此派與波倫哈克。立於正反對之地位。謂個人對於國家有公權。國家對於國民無公權。其意蓋以國家對於國民。僅有權力而無權利也。不知權力及服從者。權利義務之實

質也。國家對於國民既有權力。即有行權力之權利。國民即有負服從之義務。而謂有權力而無權利也。不亦誤解權力服從及權利義務者乎。個人既對於國家有公權。其所有之公權。果爲如何之公權。議論亦復歧出。據德意志伊耶陵之言。個人對於國家法律上之地位。分爲消極的、積極的、自動的、三者。個人之公權。即由此三種地位而生。易言以明之。自由權。即由消極的地位所生之公權也。國家行爲請求權。即由積極的地位所生之公權也。參政權。即由自動的地位所生之公權也。個人之公權云者。個人所以爲國民之權利也。即由爲國家人員之資格所由生之權利也。故一曰國民權。夫既曰國民權。僅爲自國國民所享有。外國人惟限於特別之例外可享有之。要而言之。個人所享有之公權。自法國革命以來。實際及學說。駸駸發達。迄於今日。更經德意志學者之研究。乃漸進完全之域矣。釋國民權關係

## 第一章 自由權

## 第一節 自由權之觀念

古者歐美人民。苦暴君虐主之塗炭也。其反抗之氣燄。發而爲英國之權利請願。美國之獨立。法國之革命。及人權民權之宣言。流風所及。世界各國。皆模倣法國革命之憲法而制定之。以保護人民之權利。更經學者之研究。所謂自由權之原理。亦大彪炳於世。其學說之最有力者。推自然法學派。大要曰。人類本來之狀態。原屬自由。國家及法律作始。限制其自由。夫國家所以限制之者。爲確保其未被限制部分之自由也。人類所以受國家之限制者。亦欲安全享有其未被限制部分之自由也。故犧牲其一部。以求一部之安全。而受治於憲法之中。憲法者。所以定遺留於人民之自由部分。與國家權力之界限也。可恍然矣。由是言之。自然派之有功於自由權之發展也。豈淺鮮哉。

歐美諸國。憲法上之自由權。其發達之沿革如是。夫所謂自由權者。謂取歷來人民所受自由之限制。排斥廢止者也。例如出版物之檢閱制度廢。

而生出版之自由。宗教之強制主義滅。而生信仰之自由是也。日本憲法之成立。欽定於上。非發之自下。故與歐美憲法之成立不同。然其制定之際。多參酌歐美制度。故其憲法之內容。率與歐美憲法相似。其認臣民之權利。亦不讓他國。試即憲法第二章觀之。即可知其非誣矣。

又憲法上列舉國民之自由權者。將以國權所不濫干涉之權利。認許於人民乎。抑僅以法律。規定應列事項之範圍乎。質言之。自由權者。權利乎。抑非權利乎。攷從來諸國之憲法。皆明定爲權利。日本憲法第二章。亦標題曰臣民之權利義務。是明明認爲權利者矣。然亦有主張非權利說者。格別曰。自由權者。不過以法律之規定。限定國權之範圍而已。非權利也。法規也。法律之反射作用也。規定憲法上之立法事項也。拿班德曰。行政權對於一定之事項。定爲必依法律而已。限制官廳之職權而已。非認人民之權利也。查德曰。自由權者。不過使人民自然所有之行爲。自由發動於外。猶之吾人之飲食睡眠也。雖然。以予觀之。攷歐洲諸國憲法沿革史。

如出版居住信仰等之自由。古時皆爲國家所限制。經人民苦力經營。始解散其限制。因憲法之保障。而始發生者也。凡經如斯發達特種之自由。是明爲法律問題。明爲國家與個人之關係。而爲國民對於國家權利之重大者。今乃以之與飲食睡眠並論。勿乃混事實上之自由。與法律上之自由。而爲一談也。且人類自然所有之力。即自由。若經法規承認之而保護之。即爲法律上之力。即自由權。既爲法律上之力矣。故可謂爲人之利益之二種也。國家爲保護此自由。與人以法律上之力。國民對於此自由。可以一己之意思。向國家而有請求權。既有其請求權矣。故可謂爲人之權利之一種也。由是而言。名之曰自由權。奚不可者。詳言之。憲法對於國民。認某行動之自由範圍。自負不能侵犯之義務。若官廳而侵犯之。則據訴願訴訟等之手段。與以救濟之途。其在此自由範圍內之請求權。是即國家對於國民承認法律上之力也。因而以自由爲權利之一種。誰曰不宜。故曰自由權者。非事實上自然之自由。法律上之自由也。即法律於某

範圍內。以國權所不濫干涉之權利。認許於人民也。結言之。自由權者。權利也。非僅以法律規定應列事項之範圍也。

自由權爲個人公權之一部。因行政裁判制度之發達。而保護之道。益趨完備。雖今日尙未制定憲法上所豫期之法規細則。不免似屬空文。然國家既對之有不可侵害之義務。故即爲國民之權利。無庸疑義。又自由權者。由他面觀之。行政權行動之範圍也。故與內務行政之活動。有密接之關係存焉。

### 第二節 身體住所及文書之不可侵

諸國憲法。爲保障個人之身體、住所、及文書。規定非據法律。不得濫逮捕處罰其人民。濫侵入搜索其家宅。濫差押其物件。日本憲法亦然。述之如左。

(一)身體之不可侵 身體之不可侵者。國家及國權。非據法律。不得濫逮捕、監禁、審問、處罰個人之謂也。近世文明各國。皆認人民身體自由之

權利。不得妄以國權羈束之。惟據法律。可以限制之而已。凡逮捕及其他強制手段。有爲刑事訴訟手段。因犯罪之處罰及嫌疑而行之者。有爲警察手段。因保持公共之安寧秩序及善良風俗而行之者。故人民可以逮捕監禁審問處罰者。以刑事訴訟之手段及警察之手段爲限。然同時必須以法律定行此手段之範圍與形式。以免官廳官吏之專恣。在昔刑事訴訟行糾問主義時代。裁判官有無限之逮捕權及審問權。而司法權與行政權。集於一人之身。故警察上之逮捕權。亦與司法權相混同。而爲犯罪之處罰。且警察上之預防。亦以逮捕行之。今也司法權與行政權相分離。更以法律定逮捕處罰之範圍與形式。故司法官及行政官廳。除現行犯之外。非因勾引狀、勾留狀、及逮捕狀之執行。不得濫行司法之逮捕也。逮捕云者。束縛運動往來之自由之謂。監禁云者。幽閉於一定地方之謂。審問云者。審理訊問之謂。處罰云者。含刑事罰與警察罰二種。是皆不問出於司法處分與行政處分者也。

(二)住所之不可侵 國民住所。除法律所定者外。無其許諾。不得妄爲侵入及搜索。是曰住所之不可侵權。住所者。民法上指各人生活之本據而言。憲法上之所謂住所。指示家宅及居宅二種。即不問民法上之所謂住所與居所。凡爲人生活之地皆屬之。蓋住所者。各人之城壁也。若許其漫爲侵犯。不獨所有財產。不能安固。即身體自由。亦幾不能保。則人民將不能一日安矣。是以諸國國法。保護家宅之安全者。誠有見夫此也。惟國家於行政及司法上。認爲必須侵入其家宅者。不在此限。例如犯罪之索搜。租稅之徵收。戶口之調查。衛生之干涉是也。

(三)書信之不可侵 日本國民。除法律所定外。書信之秘密。不可侵犯。是曰書信之不可侵權。書信云者。謂郵便電信。通意思於特定人之謂也。若不保其秘密。當事者之間。必生不測之損害。而人民將不能通其意思於他人矣。故爲隔地間之交通便宜計。無論何人。不能侵他人書信之秘密。官廳官吏尤然。惟因特別事故。因法律所定而行之者。不在此

限。例如犯罪審問。及裁判上證據調查之類是也。

### 第三節 身體動作之自由

身體動作之自由。亦爲諸國憲法所保障。日本憲法亦然。其主要者。如居住移轉之自由是也。居住移轉之自由。古昔限制甚嚴。奴隸無此自由。無論矣。即自由民。欲移轉其居住。或須官長之許可。或課不當之重稅。如來住者課以來住稅。退轉者課以退去稅之類。考之各國歷史。大抵皆然。及第十八世紀中葉。此制漸弛。迄於今日。各國憲法。遂悉規定此居住移轉之自由矣。惟因警察之必要。以法律稍設限制者。例外也。

(二)居住之自由 國民者。組織國家之基礎也。國民住居於所屬國家之版圖內。國民所以爲國民當然之權利。國家不能剝奪者也。古時雖有放逐國民於國外者。今則無此制度。惟當不得已之際。於國內處刑而已。又自國之國民。由外國而被放逐者。國家不可不收容於國內。同時自國之國民。不能以犯罪爲理由。而交付於外國。若外國人。可由自國

而放逐之。或拒絕其入國。且可以犯罪爲理由。而交付於外國。此無他。國民有居住於所屬國家版圖內之權利。若外國人。不過因許諾而居住。無其權利者也。

(二)移轉之自由 移轉之自由中。(一)脫籍之自由。依英國法。既爲英國之國民者。必永久爲英國之國民。其他諸國之法律。往時亦有不許棄其國籍。而取得他國國籍之規定。因此之故。往往有已歸化他國。而尙未脫離本國之國籍者。是一人而有二國籍矣。至於近世。皆認人民有脫籍之自由。惟其條件與手續。有一定之限制耳。(二)外國居住之自由。國民既有脫離本國國籍之自由。其有不棄本國國籍而居住於外國者。國家認爲自由。當然之理也。(三)國內移轉之自由。國民既有移住於國外之自由。其於國內而有彼此移轉之自由也。自不待言。惟歐洲某國。屬於此救恤組合之貧困者。欲移轉於他之救恤組合時。他之救恤組合。有拒絕之權利。

#### 第四節 經濟動作之自由

國民爲充生存之慾望。有爲經營動作之自由。是曰營業之自由。顧溯厥古代。無所謂營業自由。某種營業。或爲特定階級所世襲之特權。或爲一定團體或組合所專領之制度。於職業之發達。大有妨害。甚至釀生種種弊害。不可言狀。現今立憲各國。皆以憲法保護此自由者。洵有由也。但依法規特許。許可等之條件者。不在此限。

#### 第五節 精神動作之自由

精神動作之自由。亦爲近世諸國憲法所保障。述之如左。

(一)信教之自由 古者歐洲諸國。其宗教上之抑壓限制及干涉。誠爲人類社會最慘酷之現象。有禁止信一定之宗教者。有以某信教徒爲異教而虐待之者。迨至中世。羅馬天主教勢力之盛也。凡天主教以外者。皆目爲異教徒。而施以非常之壓制。雖一國之君主。亦匍匐於羅馬法王之下。仰法王之鼻息。受法王之指揮。而莫敢誰何。當斯時也。即謂法

王由宮城 Vatican 以號令天下。無不可者。迨路德唱宗教改革之議。創設新教。而新舊兩教之間。又復爭端大起。於是而法王國君及人民。皆投於此大亂之旋渦中。而爭鬪之酷。死亡之慘。垂數百年矣。迄於今日。諸國憲法。皆確保此信教之自由者。蓋亦鑒歷史上之慘劇。欲以杜此滔天之禍者也。雖然。歐洲諸國中。尙有以某宗教爲國教。與以特別之權利者。若夫日本。除妨害國家之安寧秩序及背爲臣民之義務者外。皆有信教之自由。

(二)出版之自由 印刷術發明以來。個人精神之動作。可因著作印行物而表彰之。故印行者。所以謀思想之交通。期智識之普及。而有功於人文之進化者也。國家對於印行物之法制。有採檢閱主義者。有採自由主義者。檢閱主義者何。以豫防印行物之危險或不法於未發爲目的。當印行物發行之先。豫經行政官廳之檢閱之謂。自由主義者何。不預防於未然。若印行物公布之後。而有危險或不法時。於事後禁止之之

謂近時諸國之法制。概採自由主義。日本憲法亦然。惟以法律之範圍爲界限耳。

(三)言論集會及結社之自由 言論集會及結社之文辭。雖不免意義漠然。然就大體言之。言論云者。以口頭發表意思於外部之謂也。集會云者。多數之人。因共同之目的。一時集合之謂也。結社云者。多數之人。因其合意。爲達共同之目的。永續組織團體之謂也。此三者。若目的善良。誠爲社會進步發達所不可缺者。但古時君權強大。對此三者。不問其目的如何。皆極端禁遏之。其反動也。故近世諸國之憲法。皆認爲自由而保障之。然依法律所定者。得以限制之也。日本憲法亦然。

#### 第六節 所有權不可侵之自由

近世諸國憲法。確保所有權之不可侵者。亦爲君主專恣濫侵人民所有權之反動力也。日本歷史。雖無如斯之事實。然憲法與歐洲諸國同。亦認人民所有權不可侵之自由。惟爲公益必要之處分。則宜依法律所定。所

謂公益必要之處分云者。如司法及行政之處分。徵收或沒收私人之財產是也。如刑法及其他之刑罰法。所定之罰金沒收是也。又如爲公益行政。所定之徵收及公用徵收之類是也。雖然是皆不可不從法律之規定。

## 第二章 國家行爲請求權

### 第一節 國家行爲請求權之觀念

凡國家之行動。爲公益而行動。夫公益。非必排斥私益者也。公益與私益相互一致之際。國家對於個人之私益。亦宜保護而經營之。但國家於不牴觸公益之範圍內。保護個人之私益。然就個人而言。未常生權利之觀念也。例如強制種痘。以補益個人之健康。保安警察。以安固個人之生命財產。不過爲統治權作用之反照。非個人之權利也。若國家俟私人之請求而始爲某積極行爲。而其請求與否。且委於私人之自由者。於是私人對於國家。生要求爲某行爲之權利。此種權利。曰國家行爲請求權。

### 第二節 在外國民有請求本國保護權

國民爲國家之一員。對於國家之關係。其在內國時無論矣。即在外國。亦與本國有不可相離者。故國家可以召還在外國民。使服兵服之義務。其國民之滯在外國者。亦可以要求本國之保護也。因而本國或置公使領事於外國。或派遣軍隊軍艦於外國。以盡國家保護人民之義務。人民即有要求國家爲此行爲之權利者也。但查德一派。謂此種行爲。爲國權之任意行動。非人民之權利者。雖然。不觀之德意志帝國憲法乎。曰。凡德意志人。在於外國。有要求帝國保護之權利。是明認爲人民權利之一種矣。且拿班德常論之曰。國家於法律上。有保護在外國國民之義務。因而國民有要求其保護之權利。予則深信拿氏此說爲當。

### 第三節 行政行爲請求權

國家當爲行政之際。因公益而爲適宜之處分。固不問私人之意思如何也。然有時亦有俟私人之要求。而始爲某行爲者。於公益行政。常見其然。其例(一)有確認某關係或某事實者。如公證、登記、登錄之類是。(二)有解自

由之限制者。如與以許可之類是。(三)有設定某權利者。如與以使用營造物之特許是。(四)有廢止、變更違法處分者。如行政訴願及行政訴訟是。當此之時。個人對於國家。有公證、登記、登錄、許可等之請求權。營造物使用之請求權。處分廢止變更之請求權。其爲私人之公權也。無容疑矣。其向行政官廳請求者。以行廳官廳爲國家之機關也。故亦得謂爲私人對於國家之權利。

#### 第四節 司法行爲請求權

國民對於國家。有請求司法裁判之權。是爲諸國憲法之通例。日本憲法。亦有日本臣民。受法定裁判官裁判之權。不被侵奪之規定。此種權利。即司法行爲請求權也。約言之。訴權也。訴權者。即對於國家要求裁判之權利也。故爲個人公權之一。然亦有謂民事訴權。爲私權。而不爲公權者。其意蓋以實體既爲私權。則由此生出之訴權。亦宜列爲私權。不知實體權與訴權。其性質迥不相侔。不能併而爲一者也。

## 第五節 請願權

諸國憲法認國民有請願之權利者。所以開言路通民情也。日本憲法亦然。請願云者。國民爲一己或全體之利益。就既往、現在、將來之事項。對於國家。申述其希望之謂也。此申述之自由。爲法律之所認。故爲權利之。今分析述之於左。

(一)請願之事實。不問關於私益與公益也。請願者。以對於國家申述其希望爲本質。其申述之事項。全無限定。因而請願之事實。不問關於公益與私益也。蓋國家雖爲公益而行動。若有不牴觸公益之私益。亦宜顧慮及之者也。

(二)請願之事項。不問關於既往、現在、及將來也。請願之事項。既不問爲私益與公益。而對於既往、現在、及將來。亦不過問者也。故求取消或變更既往之處分。或求變更現在之制度。或望將來爲某處分。行某制度。皆不失爲請願者也。雖然。因行政上之不當處分。而害利益者。求其取

消或變更此處分之請願。近世立憲諸國。皆別設訴願法。從其規定而行之。日本亦採此通則。而設訴願法也。又即日本國法觀之。變更皇室典範與帝國憲法之事項。及干涉司法與行政裁判之事項。不許爲請願。現議院法第六十七條曰。各議院不得受變更憲法之請願。第七十條曰。各議院不得受理干與司法及行政裁判之請願。至變更皇室典範之請願。雖未規定於議院法中。然由皇室典範第六十二條及帝國憲法第七十三條觀之。即可知皇室典範及帝國憲法之變更。除有勅令之外。無論何人。不容置喙者也。又裁判不問屬於司法者與行政者。皆不容干與者也。

(二)請願對於國家而爲之者也。請願有對於君主爲之者。有對於議會爲之者。有對於官廳爲之者。有對於自治團體爲之者。雖依機關而異其權限。然其歸結。皆對於國家而爲之者也。何則。對於國家機關而爲之。即對於國家而爲之也。

(四)請願者。申述希望。使國家爲某行爲者也。請願者。雖在對於國家申述其希望。然其目的。則在使國家容其希望而爲某行爲者也。故請願權亦爲國家行爲請求權之一。既爲國家行爲請求權之一。國家之相當機關。對於權限內事項之請願。即有不可不受理及審查之義務。雖然。採其請願與否。屬於國家機關之自由。且對於請願者。無報告其採否之義務者也。

### 第三章 參政權

#### 第一節 參政權之觀念

國家當行統治。不能自有其意思。不能自有其行動。必藉自然人或自然人之集合。以爲己之機關。而形成己之意思。代表己之行動。是以機關之意。即國家之意思。機關之行爲。即國家之行爲也。個人得以就此機關之地位。參與此機關之構成者。是曰參政權。日本憲法第十九條。曰「日本臣民。應法律命令所定之資格。有任文武官及其他公務之權。」此條規定。

解釋上雖難明確。然爲參政權之規定無疑。果爾。日本憲法。亦可謂爲保障國民之參政權者矣。雖然。所謂參政權之觀念。學說歧出。故其類別。亦因學者所見而異。次節以下。惟就普通所稱爲參政權者。舉其一二如左。

## 第二節 選舉權及被選舉權

立憲制度之國。或以公選之議員。組織議會。或以公選之公吏。組織公共團體。具備法律所定之要件。而選舉此議員及公吏之權利。是曰選舉權。具備法律所定之要件。而被選爲議員及公吏之權利。是曰被選舉權。學者有謂選舉權非權利。而爲法律之反射作用者。不知有選舉權之個人。固無請求使某人爲議員及公吏之權利。然求其加入選舉人名簿。求其親入投票所。且得以提起選舉訴訟。謂爲權利。奚不可者。又有謂被選舉權非權利。而爲一資格者。夫被選舉權。雖非即時要求爲要求爲議員及公吏之權利。然要求其當選之後。得以就議員或公吏之地位。謂爲權利之一。庸何傷。日本憲法第十九條之規定。亦以此也。

### 第三節 爲官吏之權

學者有謂爲官吏之權。亦與被選舉權同。非國民之權利。而爲一資格者。夫爲官吏之權云者。非要求爲官吏之謂也。要求可爲官吏之資格也。既爲要求可爲官吏之資格。謂爲權利之一。亦復何疑。在於古昔。某項官吏。非世襲不能繼其位。某種大臣。非藩閥不能當其任。是無異爲官吏之地位。爲國民一部所獨占。而他之一部。無爲官吏之權。不平之狀。孰大於是。今日立憲諸國。皆不問身分何如。門閥何如。全體國民。皆有要求爲官吏之權利。日本憲法亦明定此條。蓋有由也。

### 第四章 國民義務

國民有服從國家統治權之義務。故對於國家。所負一切之義務。悉由此服從義務發生。國家之統治權。爲單一之權利。非各種權利之集合。故服從之義務。亦爲單一之義務。非各種義務之集合也。雖然。國家之統治權。其行動之方面。分爲立法權司法權行政權三者。故服從之義務。亦由種

種方面而發現。學者有因其發現方面之異。欲據其方面而爲之類別者。然其發現之方面無窮。無論其類別如何。終不能網羅無遺。惟就大體觀察之。所謂服從之義務。(一)對於法令之服從義務而發現者。蓋國家發布法令。以令國民遵由。其國民之在自國者勿論。即滯留於外國之時。苟不與他國之主權相抵觸者。亦不可不率循之。故國民可謂絕對有服從本國法令之義務也。(二)對於處分之服從義務而發現者。對於處分之服從義務有二。(一)對於司法官廳之處分。(二)對於行政官廳之處分。裁判所裁判訴訟。斷理曲直。當事者對於裁判所所下之判決。有不可不服從之義務。是爲國民對於司法官廳之處分。所負之義務也。雖當事者於法定條件之下。得以法定之手續。而爲上訴。然上訴之途若窮。終不能不服從此判決也。又凡行政官廳。於權限內之事項。履法定之形式。所發之處分。國民有不可不服從之義務。是爲國民對於行政官廳之處分。所負之義務也。雖國民於一定條件之下。循一定之手續。可以與違法之處分爭。然其

結果也。若確定爲非違法時。則國民即不能拒其服從。假使抵抗其執行。或妨害其執行。遂構成刑法上之犯罪行爲。故終不能不服從此處分也。由是而論。服從之義務。有生於國民之身體者。有生於國民之財產者。其國民身體上之義務。(一)擔任某職務之義務。即服精神的勞務之義務也。例如爲府縣市町村名譽職之義務。爲陪審官證人選舉立會人之義務是。(二)服兵之義務。是爲國民義務中之最重要者也。其國民財產上之義務。(一)納稅之義務。國家當爲統治行爲。不可無諸種之設備。其設備之經費。非取之自民無由。故國民有納稅之義務。(二)應公用徵收之義務。當爲公共事業。必須土地及其他物件時。國家可以其命令權而徵收之。因而國民對於該物件之所有權及使用權。負交付於國家之義務。(三)應徵收之義務。無論平時戰時。海陸軍可徵發一定之物件。其國民之持有該物件者。有應其徵發。交付物件於國家之義務。

#### 第四編 國際權關係

國際權關係。即國際法之權利關係也。與國內法之權利關係。性質頗異。欲詳論之。非本書之目的。故本編僅據普通學說。就國際權之性質。國際權之種別。國際權之行使機關。及非常國際權關係。述其大體而已。釋國際權關係。

##### 第一章 國際權之性質

國際權云者。國際法上國家所有之權利也。開國通商。文明通義。其互相交涉也。固宜各保其獨立權與平等權矣。尤不能不互相結合。組成一種團體。其組成之團體。是曰國際團體。國際團體。猶之私法上之組合。不得名曰法人。蓋以各國家各有其主權。各國家之上。更無主權存焉。故國際團體者。團體也。非法人也。而不能向各國家發行命令施行強制者也。國際法云者。即行於此國際團體間之法律也。故國際法。非爲國家之命令。

且以之與國內法較。無制定此法規之立法者。無適用此法規之裁判所。無執行此法規之強制力。不過因文明諸國明示。或默示。之合意而發生。因各國之任意服從。及仲裁裁判所之裁判而適用。因各國之自助權。對於法規違反者。加以裁判而已。由是而觀。其性質視國內法。相去遠矣。學者有持此謂國際法非法律者。如阿斯丁一派是。其說曰。法律者。主權者之命令也。國際法既非主權者之命令。其不能謂爲法律也明矣。雖然。前嘗論之矣。國際法者。規律國際團體中各國家之行爲者也。若以法律爲主權者之命令。國際法誠不能名曰法律。然法律者。亦可以行爲之準則解之。法律既爲行爲之準則。則所謂國際法者。亦行爲之準則也。謂爲法律。夫復何疑。

夫然。國際法者。規律國際團體中各國家之行爲者也。即可知國際權者。規律國際團體中各國家之權利者也。詳言之。文明國因國際團體員之地。對於他之國家所有之權利。是曰國際權。國際權之主體。在爲國際團

體員之國家。現今列於國際團體內而爲國際團體員者。英、美、法、德、俄、澳、意、諸文明國勿論矣。亞洲、非洲、美洲、諸國中之承受歐文明者。概屬於國際團體之列。日本亦然。若中國、朝鮮、暹羅、波斯。爲半開化國。不過享有國際權之一部。其他野蠻國。則純然屏諸國際團體之外。而不能享有國際權者也。

既論國際權。爲國際法上國家所有之權利矣。故國際權之主體。獨屬國家。若國際團體。非國際權之主體也。國際法上之權利。爲各國家之權利。非國際團體之權利也。他如君主、外交官、領事等。亦非國際權之主體。其君主外交官領事等。國際法上所有特種之權利。如治外法權。非國際法之反射作用。亦國家之權利也。又個人不能享有國際權。得以享有之者。惟國家。故國家者。有國際權利之能力者也。易言之。國家。即國際人格者也。雖然。得以享有國際權者。非經他國承認爲獨立國家。且承認足以入國際團體之列者不可。此種承認。雖非國家成立之要素。然爲國際權利

能力發生之一要件也。其承認之方法。有明示之承認。如以外交通牒相往還。或使參與列國會議之類是也。有默示之承認。如任其派遣外交官於他國之類是也。既經承認之獨立國家。已國之上。不戴優等之權力。故外而對於列國有獨立權。內而對於國民有主權。以至開戰媾和、外交、締結條約等之國際法律行爲。皆可自由發表其意思者也。

然如比利時瑞西盧森堡孔哥等之局外中立國。因列國共同擔保。不受他國之攻擊。亦不攻擊他國。不受他國割讓之領土。亦不與他國結攻守同盟之約。故局外中立國者。其行爲能力。實大受限制者也。雖然。是蓋國際上不欲使此國與他國生膠轕之結果也。又有半主權國者。雖有內治之自由。若外交軍事。率爲宗主國及保護國之所掌。恰與私法上之未成年者。禁治產者。因法定代理人而爲法律行爲之類相若。故半主權國。其行爲能力。亦受限制者也。此種情形。關於國際行爲。亦可謂爲無能力者。

## 第二章 國際權之種別

國際權之種類不一而足。大別之爲原始權及偶有權二種。原始權云者。自成立爲國家之時。當然享有之權利也。偶有權云者。因與他國締結條約所獲之權利也。無論何國。國家成立之始。即有原始權。故原始權。無特別之權原。若偶有權。非隨國際人格而生。而以一定之條約爲權原。故不能列舉其種類。今舉原始權三大要如左。

(一)獨立權 各國相合從而成國際團體也。無優等之權力存乎其上。故內而對於國民。有最高無上之權力。外而對於列國。有獨立不羈之權力。其最高無上之權力。是曰主權。獨立不羈之權力。是曰獨立權。主權對內。獨立權對外者也。無主權。獨立權不能成立。無獨立權。主權不能發展。故主權者。國家成立之要素。獨立權者。國家原始權之主要也。約言之。獨立權云者。不受他國約束羈絆之權力也。雖然。法律上固宜尊重他國之獨立權。然地球上成爲國者。不下數十。交涉不免有衝突之虞。利害不免有牴觸之勢。或以干涉而侵犯他國之獨立權。或以戰爭

而破壞他國之獨立權。蓋亦事實上政治上所不能避者矣。至若局外中立國與半主權國。其受獨立權之限制也。更無論矣。

(二)自衛權 世界各國。固宜尊重他國之獨立權矣。雖然。決無犧牲自國之存在。以尊重他國獨立權之義務。故一國當安危存亡之秋。而爲本國之防衛計。以致侵害他國之獨立權者。蓋亦不得已之事實也。國家之自衛權。即由是而生。自衛權與個人之正當防衛權同。然更形切要。何則。蓋個人之上。有國家之權力以保護之。國家之上。無優等之權力。非以本國之力保衛之。不能全其生存也。例如以自衛爲理由。或干涉他國之內治外交。或以威力強爲一定之要求。或進兵於他國之領土。或捕拿公海上他國之船舶。及留置船員等皆是也。是等之緊急手段。雖與他國之獨立權不相容。然以自衛權爲理由。不得示爲不當。日俄戰爭。日本進兵於朝鮮滿洲者。亦出於自衛權也。國際法學者曰。一國之自衛權。優先於他國之獨立權。

(三)平等權 有主權之國家。有獨立權。有獨立權之國家。於國際法上。一律平等。是曰平等權。然獨立國家。在國際法上雖平等。若由政治上觀。有大謬不然者。如現今歐洲各強國。持所謂歐洲協議。睥睨世界。非美合衆國。持所謂孟羅主義。雄掌新大陸。何嘗有平等之現象乎。此學者所以謂國家之平等權。率爲欺人之語。非無故也。雖然。政治上雖不平等。若由法律上言之。無妨謂爲平等。何則。試觀世界各國。不問版圖大小。實力強弱。苟列於國際團體之內者。無不各有其表決權。且數強國之合意。終不能強世界而悉從之。故國際法上。謂爲有平等權。奚不可者。例如現今各國。或於外交上使用自國言語。或隨意選用其國旗國號。以及一切禮式儀式。皆以對等之禮行之。是皆平等權之發現也。

(四)榮譽權 國家互尊重其獨立權矣。因而對於他國。有維持自國之榮譽。受相當尊敬之權利。是曰國家之榮譽權。若侵害其榮譽權。被侵害國可向加害國。求其損害賠償。及其他救濟之法。若不得已。更可以戰

爭繼之。如自國之國號、國旗、軍艦旗、紋章等。不得加以侮辱。以及住在外國之代表官。有一定特權之類是也。

### 第三章 條約

條約者。國際法上國家偶有權原因之一也。國際法上國家之偶有權。與私法上個人之債權相似。私法上債權之原因。爲法律行爲、事務管理、不當利得、及不法行爲等。國際法上偶有權之原因。雖亦有此四者。然就以條約爲最重要之原因。條約云者。因國家間之合意。使生國際法上效力之約也。國家偶有權之得喪變更。皆原於條約。故國家之有條約。其猶個人之有契約歟。條約成立之要素。(一)當事者須爲兩國以上之國家。其當事國。須有國際行爲之能力。故半主權國。無國際行爲能力。不能與他國締結條約。非宗主國或保護國代爲締結不可。(二)須有一定之目的。或以通商航海爲目的。或以領土割讓爲目的。皆可締結。總之其目的。必須適法。且須可能。故不能以違反國際法原則之事項爲目的。而締結條約。

(三)須當事國之合意。條約爲雙方行爲。非當事國間之合意。不成爲條約。其合意宜出於自由。不可以詐欺、強迫、錯誤等行之。但所謂不可以強迫行之者。指對於談判委員之強迫而言。對於談判委員之強迫。可謂條約爲有瑕疵。將來得以取消。若對於國家自體之強迫。與條約之成立及效力無關係。何也。戰爭者。強迫也。對於國家自體而爲之者也。如謂對於國家自體之強迫與條約之成立有關係。是戰後之媾和條約。皆歸無效矣。至當事國爲合意之手續。先使談判委員。會商條約之內容。談判確定時。作條約書。各自鈐印。更經君主之批准。或議會之協贊。始告成立。其已經鈐印者。無重大之事由。兩國之間。無論何國。不得拒絕其批准。蓋所以重國際之信用也。

條約之種類。猶之私法上之契約。種類繁多。不能列舉。大別之爲政治的條約及社會的條約二種。同盟條約、媾和條約、割讓條約、政治的條約也。通商航海條約、犯罪人交付條約、社會的條約也。條約惟對於締結之當

事國生效力。其效力決不及於第三國。故兩國間之條約。第三國不享權利。亦不負義務。因而無論如何強國所結之條約。如何美善之條約。其未加入之第三國。不在此條約羈束之內。如千八百五十六年之巴黎宣言。雖爲多數文明國所結之條約。而不能羈束未加入之第三國是也。條約之發生效力。以有效成立爲條件。若無效者。若可以取消者。不能發生效力。何謂無效之條約。即條約缺其成立條件之謂。如(一)當事國缺行爲能力時。(二)談判委員無締結條約之權限時。(三)目的爲不能不法時。(四)未得批准時之類是也。何謂可以取消之條約。即條約一旦成立。因有其瑕疵。至後可撤消其條約之謂。如(一)條約締結之際。對談判委員。有欺詐強迫時。(二)其條約至後與國家之自衛權相牴觸時之類是也。再即條約之消滅原因言之。(一)其履行告終時。(二)有效期間告終時。(三)解除條件成就時。(四)目的物或締結國消滅時。(五)戰爭開始時。(六)有雙方之合意時之類是也。

## 第四章 國際權行使機關

國家之於國際權也。不可無機關以行使之。君主、外務大臣、外交官、及領事官等。即國際權之行使機關也。試以君主國論。君主爲國家之首長。握外交之大權。凡宣戰講和締結條約之責。皆君主當之。輔弼君主而當外交之衝者。是爲外務大臣。外務大臣居於國內。以揮指監督外交官及領事官。外交官者。公使以及公使館員之總稱也。爲維持本國之權利。營謀本國之利益。而派遣於海外之締盟國者也。無論何國。締盟國派來之外交官。不得全然拒絕。惟任命爲外交官之人。若不滿自國之意者。可請其更換。決不得拒絕其官。凡公使赴任之時。必攜帶本國政府之信任狀。呈遞於駐劄國政府。公使之任務。即由此呈遞信任狀之日開始。凡外交官及其從員家族。對於駐劄國政府。可享諸種之特權。如身體及財產之不可侵權。不服駐劄國之法律及裁判之權。免除關稅及一定課稅之權是也。領事者。駐在外國。爲本國監視商業貿易。保護通商航海。管理船舶船

員。及司掌某種行政事務者也。故領事無代表本國之權。易言之。領事非本國政治之代表者。不過監視商業上利益之官吏耳。其特權不及外交官之夫。惟以其爲駐在外國之自國官吏。事實上與外交有密切之關係焉。

## 第五章 非常國際權關係

人類世界。可以達於永久平和之域與否。此爲哲學家之範圍。姑置勿論。惟即現在各國觀察之。秣馬勵兵。狡焉思啓。弭兵之說。不可行也。故有戰爭者。洵爲今日不可避之事實。何則。凡國際間。不能無爭議。有爭議。固宜俟當事國間之交涉談判。若交涉談判不能決。則俟第三國之周旋調停。或仲裁裁判所之裁判。若調停裁判。更不能決。則以報復。復仇。平時封港之強制手段行之。其關係重大者。勢非干戈相見出於戰爭不可。故曰戰爭者。洵今日不可避之事實也。國家間戰爭開始之狀態。曰戰爭狀態。因戰爭狀態所發生之國際權關係。曰非常國際權關係。非常國際權關係。

對通常國際權關係而言。通常國際權關係者。平時之國際權關係也。戰爭開始之後。不但交戰國與交戰國生一定之權利義務。即交戰國與第三國。亦生一定之權利義務。前者曰交戰權關係。後者曰局外中立權關係。今即此兩種關係而分論之。

(二)交戰權關係 交戰權云者。因交戰國之地位。對於敵國所有之權利義務也。交戰權因戰爭開始而發生。有以對於外國宣言開戰爲戰爭開始者。有以有戰鬪之事實爲戰爭開始者。總之有戰爭之開始。戰爭狀態。自茲發生。而交戰國所以爲交戰國之交戰權。亦自茲發生。交戰權之效果。有對於敵國人民者。有對於敵國財產者。分述如左。

(甲)對於敵國人民之效果

(一)交戰國殺傷敵國之戰鬥員。是曰害敵手段。其害敵手段。國際法上有一定之限制。例如不能使用毒藥及施毒之兵器。不能以欺罔之所爲而殺傷敵兵。不能殺傷棄戈乞降之兵士。不得使用加以無

益苦痛之兵器彈藥及其他物質。不得濫用軍使旗國旗、軍用標章、敵兵制服及赤十字條約之徽章之類是也。

(二)交戰國對於敵國之戰鬥員。與屬於敵軍之非戰鬥員。可以捕爲俘虜。俘虜雖可拘禁於一定之地方。然不得殺傷。

(三)交戰國對於敵國之病傷兵。宜救護之。且有與以一定待遇之義務與權利。不但病傷兵已也。即收容之病院。救護之人員。亦有不可侵之特權。交戰國不得以之爲攻擊之目的。是爲日內瓦條約之所規定者也。

(四)交戰國占領軍。對於敵國之人民。有戰時警察權。以回復公共之秩序及衆庶之生活。又對於非抵抗自軍之敵國人民。得行戰時刑罰權。

### (乙)對於敵國財產之效果

(一)敵國之國有財產中。如軍艦兵器彈藥等不必論。即金錢輸送材

料等苟可助戰爭之力者。可以押收或破壞之。

(二)對於敵國之不動產。交戰國僅可以使用收益及管理。而無沒收及處分之權。

(三)敵國人之私有財產。因陸上海上而異。陸上之私有財產。交戰國不得沒收。交戰國軍人。不得掠奪。惟軍需品得以使用之而已。海上之私有財產。可以捕獲。如敵國之船舶及貨物等。是曰海上捕獲。

(四)對於敵國所防守之市邑。交戰國可以攻擊。可以砲擊。可以合圍。可以侵入。且對於敵國之全部或一部。可以占領。是曰戰時占領。占領非征服。不過戰爭中之一現象。非獲得領土主權也。故占領軍於其地。不可不尊重從來之憲法法律。惟不得已之際。可以一時停止而已。又對於占領地之人民。不得強使敵視本國。亦不得強使爲占領國之臣民。至人民所有之生命身體自由名譽信仰及財產。不可侵犯。惟租稅及取立金。(國家因命令權徵收私人金錢曰取立金)可以徵收。徵發課役。可以

命之而已。

交戰權因戰爭終止而消滅。戰爭終止之原因。多緣於締結講和條約。然有時兩國疲於戰爭。或交戰國之一方征服他國。不得已而終止戰爭者。間亦有之。但其例不數覩也。

(二)局外中立權關係 局外中立權云者。交戰國與第三國間所有之權利義務也。若第三國知二國間之戰爭狀態已發生時。此局外中立權關係即發生。局外中立權之效果。(一)交戰國對於局外中立國。不能於中立國之領地內。爲戰鬪、臨檢、搜查、拿捕、審檢等之行爲。不能於中立國地內通過軍隊。不能於中立國募集兵士。不能以中立國爲作戰鬪根據地及遠征軍出發地。設有以上諸行爲時。中立國不可默許。若默許。交戰國可向中立國求其損害賠償。及相當之救濟也。(二)局外中立國。對於交戰國。不可遣派援兵。不可供給兵器彈藥。不可給與軍資。若有此等行爲。是爲違反中立。局外中立權。因戰爭終止而消滅。蓋無戰

論。即無局外中立也。

## 第五編 私權關係

私權分爲人身權及財產權。人身權又分爲身分權、人格權。財產權又分爲物權、債權、專用權。本編所講釋者。身分權、物權、債權也。若人身權中之人格權、財產權中之專用權。不過當有侵害時。生損害賠償之債權。至其本質。無俟贅言。

### 第一章 身分權

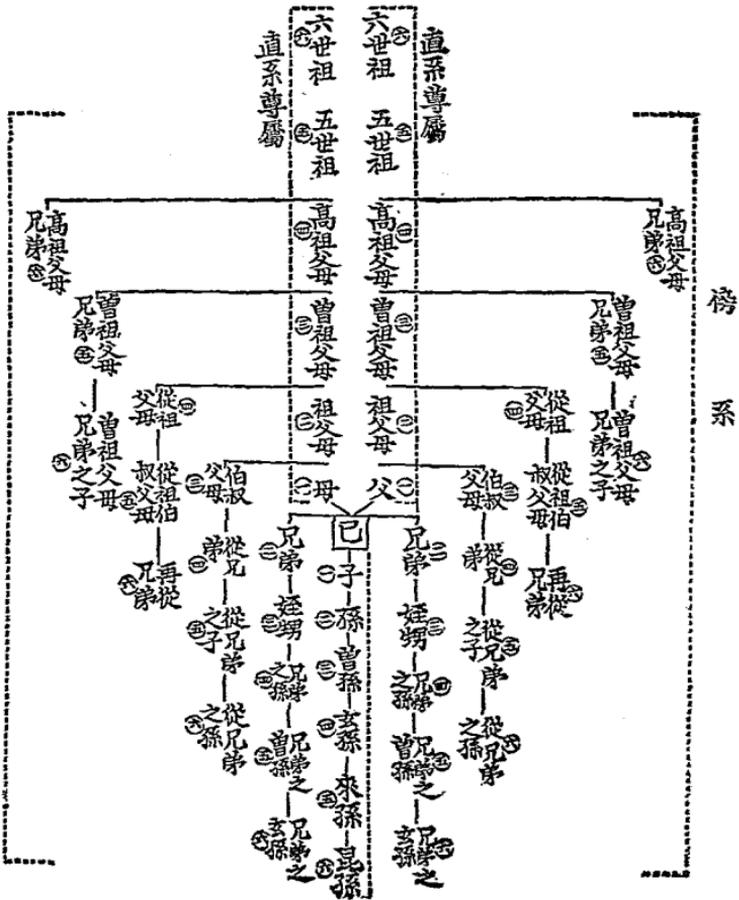
#### 第一節 親族權

##### 第一款 親族權之觀念

親族關係。本血緣與婚姻而發生。據日本民法。血緣之關係有二。(一)天然之血緣關係。如實親子及兄弟之關係是也。(二)法定之血緣關係。依擬制而爲血緣者也。如養親子、繼親子、及嫡母庶子之關係是也。就婚姻之關係言之。爲婚姻當事者男女之關係。曰夫婦關係。由夫婦之一方。指他之

一方曰配偶者。由夫婦之一方與他一方血族之關係。曰姻族關係。所謂親族權者。即總稱由此等關係所生之權利義務也。然親族關係。因親系及親等。有遠近之差。而身分權亦有差等。親系云者。血族或婚姻之系統也。不問血族系與親族系。爲己身直上直下之親系。曰直系。由始祖分岐之親系。曰傍系。直系中爲己所從出之血族。曰尊屬。由己所出之血族。曰卑屬。然在日本。不問血族系與姻族系。亦不問直系與傍系。凡在己身同行以上之親系。或同行而年較長者。皆曰尊屬。在己身同行以下之親系。或同行而年較幼者。皆曰卑屬。又由親系之遠近而區別等級。名曰親等。計算親等之法。古今各殊。現今歐美諸國及日本民法所採者。源於羅馬法。其計算之法。若爲直系親。算親族間之世數而定之。例如父與子之間。爲一等親。祖與孫之間。爲二等親也。若爲傍系親。由其一人或配偶者。溯其相同之始祖。算其世數而定之。如兄弟姊妹之間。爲二等親。伯叔甥姪之間。爲三等親也。凡親族關係之遠近者。不論爲血族關係與姻族關係。

第一圖 (族血)





## 第二款 夫 權

### 第一項 夫權之原因

夫權因婚姻而發生。婚姻者。法律上所承認之一男一女。因兩人之共諾。而以永久共同生活爲目的之法律行爲也。婚姻爲人生最重之事。故其成立也。不可不具備一定之條件與形式。試略述如左。

#### (一) 當事者須有婚姻能力。

(甲) 當事者須達於婚姻之適齡。凡行爲能力。因年齡而區別。成年者及未成年者。未成年者。既無行爲能力。似婚姻年齡。亦宜以達於成年爲準。不知失之過遲。肉體之發達既充。情慾有難制之境。轉不免有紊風俗喪教化之虞。故不能以成年時期。爲婚姻之適齡。又若失之過早。不但滅殺婚姻當事者之幸福。且所生子女。必極衰弱。大與國家之強弱有關。是以諸國法制。概設一定之限制。日本民法。以男滿十七歲。女滿十五歲者。爲婚姻之適齡。蓋參考從來之慣習。酌量

肉體之發達而定之者也。

(乙)當事者須無配偶者。文明各國皆採一夫一妻之制。日本民法刑法。皆禁重婚者。蓋亦準此原則也。重婚者既有配偶者而重爲婚姻之謂。

(丙)當事者一方之女。須取消前婚。或取消後。經過一定之期間者。前婚之取消或取消後。未經過一定之期間。若許其再婚。則再婚後所生之子。爲前夫之子。抑爲後夫之子。難於明晰。故日本民法。以取消或取消後。經過六閱月者。始得再婚。其以六閱月爲限制者。採懷胎至分娩時之最短期限也。原來懷胎至分娩之期。依醫家所證。最長不過十月。最短不過六月。今以此最短期爲限。決不至有血統混淆之虞。例如光緒三十年正月一日。取消前婚。至七月一日而爲再婚。若於十冬月內生子。則其子爲前夫之子無疑。蓋再婚後。未經過六閱月也。若於來年正二月內生子。則其子爲後夫之子無疑。蓋取消後。

已經過十二月也。惟未經過六月而已分婉者。雖未經過六閱月。可以再婚。

(丁)當事者間須無近親之關係。有近親關係之親族。若任之互結婚。不獨紊人倫而傷風化。且即生理言之。易生虛弱或不具之子孫。故諸國之法制。概設限制。日本民法。凡直系血族間。直系姻族間。三等親內之傍系血族間。禁結婚。且直系姻族間之關係。雖因某原因而消滅。而亦禁其結婚。蓋所以防紊亂人倫之漸也。惟養子與養方之傍系血族。不在此限。

(戊)當事者間須無相姦之關係。姦通者。有害社會之風俗。故刑法上定之爲罪。民法上定爲離婚之原因。其因姦通而受離婚之裁判。或受刑之宣告者。則相姦者不許結婚。不然。姦通者可以結婚。則引誘姦通之弊。必日作矣。

(二)當事者間須有結婚之意思。婚姻因當事者之男女共諾而成。故

共諾者。婚姻之基礎也。無共諾。無論如何原因。其婚姻決不成立。當事者共諾之時。(一)須有結婚姻之意思。(二)其意思須表示。(三)意思與表示須一致。(四)須任意之意思表示。

(三)須有一定人之同意。人生最重之事。莫如婚姻。若未經世故之年幼者。激於一時之感情。率爾爲之。即有以遺害終身。故諸國法制。對於爲婚姻之當事者。豫設一定之年齡。其達於此年齡者。欲結婚姻。不須他人同意。可以自由決定。未達於此年齡者。非經一定人之同意不可。日本民法。男子未逾三十歲。女子未逾二十五歲者。必得父母之同意。惟父母之一方或不知時。或死亡時。或去家時。或不能表示其意思時。僅有一方之同意。即可決定。又若父母皆不在時。或在而不能表示意思時。斯時限於未成年者。宜受後見人及親族會之同意。已成年者。則無庸也。

(四)須依法定之方式。現今文明諸國之法制。凡結婚姻者。非依一定之

方式爲之。法律上不生効力。何以故。未經一定方式。不過男女爲共同生活之事實而已。若以共同生活之事實。認爲婚姻之成立。將爲夫婦之男女。與非爲夫婦之男女。何由而區別之乎。是以必經一定之方式也。日本民法。其結婚婚姻之方式。由當事者之雙方。及二人以上之證人。依口頭或署名之書類。呈之於戶籍吏。有此方式。法律上始有婚姻之効力。

## 第二項 夫權之効力

夫權之効力。對於妻之身體、行爲、財產、而發生。述之如左。

(一) 對於身體之効力。

夫婦以共同生活爲目的。故不可不同居一室。其住所選定之權。獨屬於夫。妻則以夫之住所爲住所者也。其夫除懷有惡意或欺詐之意。外。無論如何。妻皆有隨夫同居之義務。若妻與他人結身體受羈束之契約。如爲雇人。是非受夫之許可。不能擅行。又夫有求妻守貞操之權。

利。故妻有姦通之行爲者。即爲離婚訴權之原因。攷之諸國法制。無不皆然。

(二) 對於行爲之効力。

近世諸國之法律。非以妻爲絕對的無能力者。不過限以某行爲。非受夫之許可。不能爲之而已。故除法律上所定爲宜受夫許可之行爲外。皆可獨立爲之。今依日本民法。舉妻之行爲被限制者如左。

(甲) 凡無償之行爲。宜受夫之許可。是無他。如贈與財產於他人之行爲。不但與一家之經濟。有重大之關係。且以女子而贈與財產於男子。不能保其中無不法之嫌疑。至若受他人之贈與。更爲一家一身之名譽所關。尤不可不慎之也。

(乙) 有償之行爲。因種類分別言之。有須受夫之許可者。有不須受夫之許可者。(一)如讓與不動產或重要動產。又如以不動產或重要動產而供擔保。以及借貸財產。讓渡債權之類。往往有危及家政之恐。

(二)如領收元本。雖不過管理上之行爲。然領收之後。不無浪費之虞。  
(三)如供保證。時爲有償。時爲無償。亦有危險之恐。故此等行爲。關係  
重大。非受夫之許可。妻不能獨斷獨行。除是而外。一切之有償行爲。  
皆不受夫之限制。得以自由處理。例如普通動產之買賣交換。利息  
之償還是也。

(丙)如爲和解。受仲裁。起訴訟之行爲。其利害得失。不但與一家之經濟  
有關。且與妻之自身。亦有重大之關係。非受夫之許可。不得爲之。

(三) 對於財產之効力。

婚姻之目的。在夫婦之共同生活。故其財產關係。不能以他人之財產  
關係律之。溯夫婦當爲婚姻之際。有就其財產關係。相互特立契約者。  
其契約苟不背公之秩序。不害善良風俗。則一從契約之所定。但夫婦  
之關係。專因情誼而成立。結合之時。非必對於財產關係。皆有契約定  
之者也。其未訂契約者。法律上非有特別之規定。以支配其關係不可。

於是有所謂法定之夫婦財產制。法定財產制者。即夫婦間之財產關係。無特定之契約者。而以此法定財產制支配之之謂也。定法定財產制之際。以適合國情爲要。日本採財產不共通之法。蓋以適合於日本國情故也。此外法國民法。以財產共通法爲法定之制。財產共通法者。夫婦一切之財產。區別爲夫之特有財產。妻之特有財產。及夫婦共有財產三種。其入於共有財產之中者。即（一）爲婚姻當時所有一切之動產。（二）爲財產契約時至婚姻執行時。因動產之交換所得之不動產。（三）婚姻中所取得一切之動產及不動產是也。雖特有財產。其收益亦列於共有財產之中。荷蘭瑞典之制亦同。西班牙及魯西安納諸國之民法。以所得共通法爲法定之制。所得共通法者。凡婚姻中所取得之財產。皆屬夫婦之共有。即婚姻中所生之負債。亦由夫婦共擔。俄國民法。則採純然財產分離法。其法夫婦之間。各獨立而有所有權。管理權。收益權。亦各有債務償還之義務。德意志及意大利民法。略與日

本同。採財產不共通之法者也。就諸法之利害攷之。財產共通法。足以全夫婦共同之生活。而有以適合於婚姻之性質。但婚姻時而有取消之事實。若爲共有財產。則分割之法。不免複雜。甚至有訴訟競起之弊。若財產分離法。雖無上述之弊。然有害夫婦間之平和。喪夫婦間之感情。亦未爲善。至如所得共有法。其弊亦與財產共通法相等。故比較觀之。迄無良法。要之以本國之國情爲準耳。日本及意德民法。採財產不共通之法者。亦視國情而定者也。財產不共通法。與俄國之財產分離法異。其法凡夫婦之財產。定爲各人之特有財產。法律上無所謂共有財產。其應列於特有財產者。妻或贅壻婚姻前所有之財產不待論。即婚姻中。以己之名義所得之財產亦然。惟不知誰屬者。則推定爲夫或女戶主之財產。夫與女戶主。對於妻若夫之特有財產。有使用收益之權利。因而夫婦間之費用。由夫或女戶主負擔。妻之財產。夫管理之。但其管理權。法律上定有限制。至日常家事。則妻可爲夫之代理人。總之

不共通主義者。夫婦之財產。各獨立有其所有權也。

### 第三項 夫權之消滅

夫權之消滅。除因夫婦一方之死亡外。尚有因離婚及婚姻之取消而消滅者。試分論之如左。

#### (一) 離婚

離婚者。夫婦之生存中。解消其婚姻之謂。即因婚姻所生一切之效果。向將來而使消滅之法律原因也。此種原因。或由當事者之意思而生。或由裁判所之宣告而生。前者曰協議離婚。後者曰裁判離婚。協議離婚。不問其原因如何。皆可爲之。惟據日本民法。男女未逾二十五歲者。爲協議離婚之際。非有一定人之同意不可。所謂一定人者。即對於婚姻有爲同意之權利者也。且當事者之協議成後。不可不申告於戶籍吏。否則不能生離婚之効力也。裁判離婚者。限法律上所特定之原因。由夫婦之一方。請求裁判所。因裁判所之確定而爲之者也。有離婚訴

權者。以夫婦之一方爲限。夫婦一方之親族、債權者、以及當事者以外之人。不問何等原因。不能有離婚訴權。即離婚之訴。屬於當事者一身之權利也。故當事者死亡之後。其相續人不能提起。若裁判所未確定以前。提起訴訟之當事者有死亡時。其訴訟宜歸消滅。

## (二) 婚姻之取消。

民法上凡法律行爲之取消。皆溯既往而生効力。惟婚姻之取消。僅向將來而生効力。取消之際。由法律上之有取消權者。當事者其他利害關係人。請求裁判所爲之。因而裁判所有取消之宣告時。夫權即因之消滅。得爲婚姻取消之請求者。(一)當事者缺婚姻能力或缺一定人之同意時。(二)婚姻因欺詐或由強迫而成時。有此原因。即可向裁判所請求取消。

離婚與婚姻之取消。皆使將來消滅夫權之原因。然二者之間。性質大異。(一)離婚因既婚姻後所生之原因而生。婚姻之取消。因婚姻當時所有之

原因而生。

- (二) 離婚若夫婦一方死亡後不得爲之。婚姻之取消除法律所禁者外。雖夫婦一方有死亡。無妨請求者也。
- (三) 離婚惟夫婦之一方得以爲之。若婚姻之取消。雖夫婦以外之人。而法律上特與以取消權者。亦可請求。
- (四) 離婚之性質。惟對於將來生效力。若婚姻之取消。其性質遯婚姻之初。歸於無効。其不遯既往者。因法律之明文也。

### 第三款 親權

#### 第一項 親權之原因

據日本民法。親權發生之原因。爲子之誕生、養子緣組、父母之婚姻、三種。試分述之如左。

#### (一) 子之誕生。

子之誕生者。本自然之血緣。發生親權之原因也。本此原因所生親子

之關係。爲實親子。由子稱親。曰實父。實母。由親稱子。曰實子。實子者。嫡出子也。嫡出子者。婚姻中之男女懷胎所生之子也。嫡出子與私出子相對。私出子者。非婚姻中之男女懷胎所生之子也。其有婚姻前已懷胎。婚姻中始分娩者。若得夫之認可。可爲嫡出子。至若婚姻前懷胎而婚姻前分娩者。亦可因父母之婚姻。或因父母婚姻中之認知。取得嫡出子之身分。私出子中。不得父之認知者。曰私生子。得父之認知者。曰庶子。認知者。私出子之父母。從法定之方式。即申告於戶籍吏。自白其爲父爲母之行爲。遡子之出生時而生効力。

## (二) 養子緣組。

上古人類團結之基礎。在於血統之連絡。血統之最近者。結爲家族。家族之集合者。復聯爲國家。故古昔之國家團體。亦由同一之始祖而生。其後因征服他國。而血統之異者。亦混入於團體之內。於是事實之上。已非純然同一之血族團體矣。然而重視血統之思想。未尙忘也。乃生

祭祀祖先之風。以嚴比疆彼界之防。但祭祀祖先。司祭祀者。必屬血統。血統不能無斷絕之虞。既有斷絕。勢非以血統之異者。入於家族團體中。以繼續祖先之祭祀不可。然使血統之異者。入於家族團體之中。則與尊重血統之思想。不能相容。故爲調和此衝突計。使血統之異者。履一定之方式。而假設爲同一之血統。是即養子制度之濫觴也。養子制度者。無自然之血統。因擬制而認爲有血統之制度也。其起因一原於尊重血統之思想。一原於繼續祖先之祭祀。上古社會。尊重血統之念盛。祭祀祖先之情殷。故養子制度。即自古爲昭。是非發生於偶然也。迨今歐洲諸國。以慣習所在。不能遽革此制度。然其目的。則與古昔大異。非所以尊崇血統祭祀祖先也。乃老而無子者。收養他人子女。以樂暮年而慰寂寥也。試更即日本論之。家族制度之觀念。深入人心。故自古以來。皆收容養子。以爲相續家督之地。惟近時習俗。其目的稍異。非獨爲相續家督已也。或有使與家女結婚。爲目的者。例如婿養子是也。

或有以得其家之身分待遇爲目的者。例如社會階級相異之男女。欲結婚姻。乃養其女子。爲自家之養女。更使嫁其婚家之類是也。或有本於單純之愛情而收養子者。是皆反乎養子制度最初之本旨。脫離家督相續之範圍。然以沿襲已久。無由禁絕。故法律亦僅得於一定限制之下。仍許其爲之而已。蓋所以保存習慣之意也。

日本民法。養子緣組者。因收養者與被收養者之共諾。以創設血族關係爲目的之要式行爲也。由是所生血族關係之範圍。因法制如何。稍有異同。或有以收養者及被收養者之間爲止者。或有及於收養者之血族爲止者。日本參酌從來之制度習慣。其範圍以收養者及其血族爲限。收養者曰養親。或曰養父母。被收養者曰養子。

(一) 當事者須有緣組能力

(甲) 爲養親者必達成年以上 據歐洲諸國例。養親非達四十歲至

六十歲以上之年齡。不能收養子。其理由蓋以養子制度。在補無實子之望。四十以下。不能謂其無生育之理也。日本不然。所以收養子之原因。非必限以無實子者。故民法上以達於成年者。定爲養親之適齡。其未達成年而不許收養子者。蓋以養親尙爲未成年者。一切行爲。率依法定代理人而行。若許其任意爲之。則意思能力未全。利益上不免有危險之虞。至若已達成年者。不問男女。不問家族戶主。皆可爲之。

(乙)爲養子者。須非養親之尊屬及年長者。養子與實子。法律上之資格相同。若以年長者爲養子。或以年幼之尊屬爲養子。是紊長幼尊卑之序也。故民法禁之。日本古代法令。養親之年齡。有須較養子長十五歲之規定。歐洲諸國之法制。亦有至少須差十五歲之例。日本現行民法。不問年齡之差若何。苟養親之年較長。無妨爲之。所謂年長云者。即較出生時稍早之謂也。又現雖有親子之關係。除嫡出

子外。無妨改爲養子。故改庶子及私生子爲養子。爲法律所不禁。

(丙)以男子爲養子時。以無爲推定家督相續人之男子者爲限。有爲推定家督相續人之男子者。除婿養子之外。不得以男子爲養子。其故無他。立法者所以定養子制度之旨趣。雖非本諸家督相續。然既有爲推定家督相續人之男子。更以男子爲養子。不惟侵害其相續權。且有害家族平和之恐。例如法律上之推定家督相續人。爲庶子。或私生子之時。若再以男子爲養子。養子之權利。與嫡出子同。嫡出子先庶子及私生子。有爲家督相續人之權利。是已爲推定相續人之庶子或私生子。所有之相續權。皆被養子奪矣。又如推定相續人爲嫡出子之際。若再以男子爲養子。以較推定相續人之年幼。養子以緣組之日。作爲出生之日。故養子之年。視爲較嫡出子幼可也。雖不侵害推定相續人之相續權。終不免於家庭之平和有傷。爲養親者。對於養子有親權及扶養之義務。於資產上不無傷失。究有損

推定相續人之利益也。故日本民法上。凡有爲推定家督相續人之男子者。不得再以男子爲養子。洵有由也。若有女子爲推定家督相續人者。此際無妨以男子爲養子。何也。女子之家督相續權。雖因以男子爲養子而被奪。然以女子爲戶主者。原屬家族制度之變例。法律上務採男子爲戶主之主義者也。故雖奪女子之相續權。不足惜也。由是而知。雖有爲推定相續人之男子。無妨以女子爲養子。何也。蓋女子不至奪男子之相續權也。又如雖有男子之相續人時。不妨更以男子爲婿養子。是蓋出於相續以外之目的而收養。故無禁止之理。

(丁) 養親不得以被後見人爲養子。後見人者。管理被後見人之財產者也。即後見權消滅後。尙須二閱月。爲管理之計算。故若當後見權繼續之中。或管理之計算未結以前。許以被後見人爲養子時。爲後見人者。難免不利用被後見人之能力不足。以侵占其權利。或隱

昧其計算也。雖然，後見人以遺言表示被後見人爲養子者，即當後見權繼續之中，或計算未結以前，無妨爲之。何則？遺言之效力，因遺言者之死亡而生，遺言者既死亡，不至有侵占權利曖昧計算之弊也。

(二) 當事者有爲緣組之意思

養子緣組與婚姻同。因當事者之承諾而成立。若缺其承諾，其緣組無效。當結養子緣組之際，夫婦之間不能獨立各別爲之。即養親之方，非夫婦同意，不得收容他人爲養子。養子之方，非夫婦同意，不得爲他人之養子。所以然者，蓋養子與養親之間，與實親子有同一之關係。若使夫婦可以各別收容養子，則一方以爲子，而他方不以爲子，不特背養子制度之本旨，且有害家族之平和。而反乎日本之習慣也。又若使夫婦可以各別爲他人之養子，則是夫與妻分離，揆之婚姻之性質，甚相刺謬。雖然，若夫婦之一方，而以他一方之子（如夫

或婦之庶子私生子是爲養子者。但得一方之承諾即足。蓋以他之一方已有自然的親子關係存在故也。要之養子緣組。當事者之夫婦。不可不各爲有效之意思表示。然民法上就緣組之意思表示。有三例外。如左。

(甲) 夫婦之一方。有因精神喪失等類之事由。不能爲意思表示之時。若以不能爲意思表示之故。即不能爲養子緣組。事實上不便孰甚。故爲便宜計。即以他之一方爲法定代理人。以一人之意思。用雙方之名義而爲之。易言之。不能爲意思表示夫婦之一方。不拘其意思若何。當然而爲養親或爲養子也。

(乙) 養子緣組。於養親及養子之身分上。有重要之效果。若非各當事者任意爲意思表示。不能行之。蓋所以保護各當事者之利益也。雖然。日本習慣。收養子者。多於幼小之時養之。蓋以幼小之時。易於養成自然之愛情故。日本民法。本此習慣。即事實上無意思能力者。亦

準收爲養子。惟事實上無意思能力者。法律上不可無代爲意思表示之人。故年未滿十五歲者。父母代之而爲意思表示。若父母之一方不知時。死亡時。去其家時。或無意思能力時。則僅以他之一方。代爲意思表示。又若父母之雙方共不知時。死亡時。去其家時。或無意思能力時。則以其子之後見人。及親族會之合意。代爲其子之意思表示。由是而言。凡不知父母之棄兒。或無父母之孤兒。得其後見人及親族會之承諾者。皆無妨收爲養子。既爲養子之後。若父母將來認知時。如棄兒不能取消緣組。而回復其子也。

(丙)日本民法。許以遺言結養子緣組。此雖非多數立法例之所認。然重視家之存續。如日本。實際上誠不可禁止者也。但以遺言結養子緣組。當爲遺言之際。遺言者不可無收容養子之能力。故未達成年者。不能爲收容養子之遺言。此外如遺言者而有推定家督相續人之男子時。則遺言無效。爲養子者。不得法定代理人之承諾時。則遺

言無效。承諾而不速爲申告時。遺言亦不能發生效力。故遺言之能生效力與否。仍視遺言者死亡之當時。有收容養子之能力與否爲斷。至若有收容養子之能力。而能發生效力時。則其效力。遯遺言者死亡之時而生。因而對於遺言者之相續權。以及由嫡子身分所取得之權利義務。皆於是時發生。

(三) 須得一定人之同意

(甲) 欲收養子者。若有父母時。須得父母之同意。養子對於養親。因緣組取得嫡出子之身分。因而對於養親之父母。取得嫡出孫之身分。相互之間。生出相續權。扶養義務。以及種種之利害關係。故非得父母之承諾。不能收養養子。亦理之當然也。但父母之一方不知時。死亡時。去家時。及無意思能力時。以他一方之同意即足。若父母共不知時。死亡時。去家時。及無意思能力時。但得戶主之同意可也。

(乙) 滿十五歲以上之子。欲爲他人養子時。須得父母之同意。年未

滿十五歲者。事實上縱有爲養子緣組之意思能力。法律上不能認爲有效之意思。若已滿十五歲以上者。得爲有效之意思表示。故欲爲他人之養子時。只須父母之同意即可。非若未滿十五歲者。父母可反其子之意思。而使爲他人之養子也。但父母之一方不知時。死亡時。去家時。或無意思能力時。以得他一方之同意即足。若父母之雙方共不知時。死亡時。去家時。或無意思能力時。在未成年者。宜得後見人及親族會之同意。在成年者。不須他人同意可也。

(丙)因養子緣組或婚姻而入他人之家者。若更由養家或婚家而爲他家之養子時。須得實家父母之同意。此與離緣而復籍於實家之理一也。故須得實家父母之同意。雖然。妻當然隨夫者也。夫因爲養子而入他家。故妻亦應隨夫而入他家。無須實家父母之同意也。惟實家父母之一方。若不知時。死亡時。去家時。或不能爲意思表示時。以得他一方之同意即足。若雙方皆然時。限於未成年者。宜得

後見人及親族會之同意。

(四) 須依法定之方式

養子緣組與婚姻同。由各當事者及成年之證人二人以上。以自署之書面或口頭。申告於戶籍吏。此爲一定之方式也。但遺言養子。由遺言之執行者爲養子者。及成年之證人二人以上申告之。若不依此方式。其緣組無效。

次舉養親子關係消滅之原因如左

(一) 離緣

夫婦之生存中。解消其婚姻者。通常謂之離緣。然民法上之所謂離緣者。乃養子緣組之效力。向將來使之消滅之法律原因也。此原因與離婚同。有因當事者之意思。即養親與養子而生者。有因裁判所之宣告而生者。前者曰協議上之離緣。後者曰裁判上之離緣。協議上之離緣。不問原因如何。因養親及養子之協議而爲之者也。

然其養親及養子。若未滿二十五歲。而爲協議上之離緣時。非就對於緣組有爲同意之權利者。受其同意不可。養親及養子之協議成。宜申告於戶籍吏。否則無離緣之效力。然亦有例外二。述之如左。

(甲) 養子未滿十五歲時。其離緣由養親與代養子有爲緣組承諾之權利者。協議行之。故養子實家之父母皆在時。由其父母爲離緣之承諾。若父母之一方不在時。或不能表示意思時。由他之一方承諾。若父母共不在時。或皆不能表示意思時。由親族會及後見人。代爲承諾。或由實家之戶主。代爲承諾亦可。

(乙) 養親死亡之後。養子欲爲離緣時。以得戶主之同意而後行之。夫離婚於夫婦一方死亡之後。不得爲之。離緣於養親死亡之後。可以爲之。此其故何也。蓋婚姻以夫婦之共同生活爲目的。夫婦之一方死亡。其目的已無存。無取乎復事解除。若養子緣組。以親族關係之發生爲目的。養親雖死亡。其親族關係。未嘗解消。故養親死亡之後。

所以尙許離緣者亦以此也。

夫婦共爲養子者。或養子與養親之他養子結婚者。當其離緣之際。不必夫婦同意。或夫或妻。獨立與其養親。爲協議上之離婚可也。惟夫因離緣而去其養家時。妻宜隨之而去。妻因離緣而去其養家時。其夫之或去或從。聽其自決。但隨去則宜離緣。不隨去則宜離婚。二者必取其一也。至若養子已爲戶主時。不得離緣。但爲隱居之後。不在此限。

裁判上之離緣。以法律所定之特定原因爲限。由緣組當事者之一方。請求裁判所。因裁判所之確定而爲之者也。養親及養子。皆有離緣訴權。養子未滿十五歲時。其對於緣組有爲承諾之權利者。有離緣訴權。其他則否。至夫婦共收養子。或夫婦共爲養子者。其離緣之事由。若生於養親夫婦之一方時。養子可對於雙方。提起離緣之訴。其事由若生於養子夫婦之一人時。養親可對於一人。提起離緣之

訴。設因此訴。其夫被離緣時。妻宜隨夫而去。其妻被離緣時。則夫或隨妻去而離緣。或不隨妻去而離婚。聽其自擇。離緣訴權。與離婚訴權同。專屬於當事者一身之權利。故當事者死亡之後。其相續人不得行離緣訴權。若已提起訴訟。當裁判未確定以前。而當事者死亡時。其訴訟消滅。是與裁判上之離婚。無以異也。至已爲戶主之養子。不得爲裁判上之離緣也。

### (二) 養親之去家

養親子之關係。亦因養親之去家而消滅。蓋養親之去家。可以推測。養親在養家所有之親族關係。一切斷絕故也。所謂養親之去家者。例如養親因離緣。離婚。及他家相續之關係。而去養家之類是也。雖然。養親因分家。本家相續。及絕家再興而去其家者。不能推定有與養家斷絕親族關係之意思。故養親子之關係。仍不消滅。

### (三) 養子緣組之取消

養子緣組。如前所述。有一定之要件。且須一定人之同意。若缺其要件。或未得一定人之同意。或出於欺詐強迫者。由當事者及法律上有取消權者。請求裁判所。因裁判所之宣告。得以取消。據日本民法。取消與離婚同。僅向將來有其效力而已。非遡既往而有效力者也。故緣組取消與離緣間所有之差異。與婚姻取消及離婚之差異。大略相同。

### (三) 父母之婚姻

因父母之婚姻。亦可發生親子關係。即所謂繼親子之關係。嫡母庶子之關係是也。分論如左。

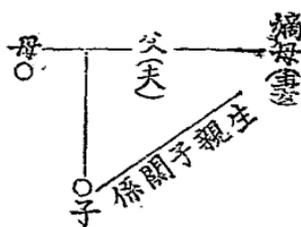
#### (一) 繼親子之關係

以常理論。父之配偶者爲母。母之配偶者爲父。然父母之一方。或因死亡。或因離婚。或因婚姻之取消。有與他之一方。而失夫婦關係者。既失夫婦關係。且有與他之男。他之女。而結婚姻者。由是有父之配

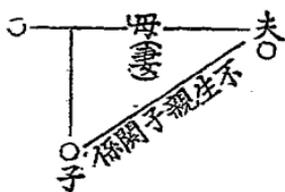
偶而非母者。有母之配偶而非父者。其子以在同一家族之內。乃對於父或母之新配偶者。遂生親子關係。即繼親子關係也。其子對於母之新配偶者。稱曰繼父。對於父之新配偶者。稱曰繼母。蓋繼父或母之意也。其子曰繼子。夫實親子之間。有情而後義生。繼親子之間。有義而後情生。繼親子間之所以有義者。以其子之父或母。爲繼親之配偶者。且在同一家族團體之內故也。是可知繼父云者。即母之後夫。繼母云者。即父之後妻也。其結果如左。

(甲)爲繼子者。須爲前配偶者之嫡出子。母之後夫。及夫之後妻。若無前婚。決不生此等關係。故非前配偶者之嫡出子。而爲庶子及私生子時。無所謂繼親子關係也。例如一家之內。甲男前妻乙女之子。與其後妻丙女。是爲前配偶者之嫡出子。又如入夫及婿養子等。甲女前夫乙男之子。與其後夫丙男。是爲前配偶者之嫡出子。皆當然生繼親子之關係。然其子若爲前配偶者之庶子或私生子。縱令在

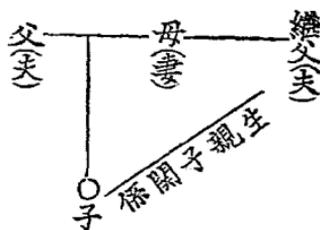
第一



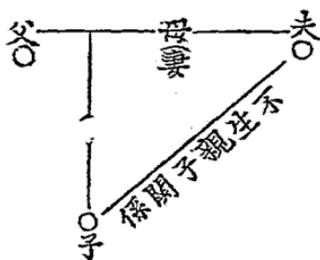
第四



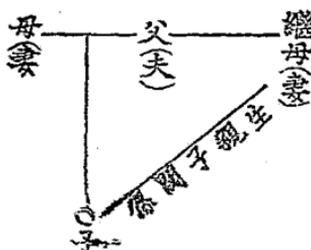
第二



第五



第三



同一家族團體內。不過有姻族關係。而無親子關係也。但夫之庶子。而在同一家族團體內者。其子與父之妻之間。生親子關係。即嫡母庶子之關係也。今以圖解釋此關係焉。

如右圖。第一、二、三。生親子關係。第四、五。不生親子關係。其第一、第三。子在父家則然。第二。子在母家則然。以理而論。嫡母與其夫之庶子。在同一家族團體內者。既認親子關係。則夫與其妻之私生子。若在同一家族團體內。似應生同一之關係。然實際不如是者。蓋習慣率以父方爲親族之基礎。且採男尊女卑之主義。故夫之庶子。與妻之私生子。不能一例而論也。

(乙)爲繼父繼母者。須爲繼子之實父實母之配偶者。雖然。亦有不盡然者。徵之慣例。子之實父或實母死去之後。與其配偶者間之親子關係。尙有依然存續者。不但此也。爲繼父爲繼母者。因子之實父或實母死亡。更迎娶其夫或妻時。其妻或夫。與前妻或前夫之子。尙

有親子關係。猶不僅此。即再繼父母（如繼父因繼母之死去或離婚更娶之妻及繼母因繼父之死去或離婚再迎之夫。是曰再繼父母）與其子之間。亦生同種之關係。蓋因既有親子之關係。雖繼父母亦與實父母有同一之意義。本此意義而擴張之。故繼父或繼母之配偶者。雖非實父實母。其關係仍可繼續不絕也。

(丙) 爲繼子者。及繼父或繼母。須在同一家族團體之內。繼親子間所以生親子關係者。本於構成一家之必要也。若繼親與繼子。非在同一家族團體之內。則親子之關係不生。雖然。生親子之關係者。非必於婚姻之當時。其子即宜在同一家族之內。若婚姻之繼續中。其子始入其家者。即由其時生親子關係。惟一旦既生親子關係之後。其子雖離家族團體。而其親子關係。不能消滅。

## (二) 嫡母庶子之關係

庶子在同一家族團體之內時。其庶子稱父之妻。曰嫡母。嫡母與庶

子之間亦親子關係也。但嫡母庶子之關係。是否以庶子與其親之配偶者。在同一家族團體內而始生。此不可不論定者也。對此問題。其慣例雖不詳。以予觀之。若庶子不在同一家族團體內時。不生親子關係也。例如庶子。因不得戶主之同意。不能入父之家時。又或入父家之後。當父之婚姻前。因婚姻。養子緣組。分家。廢絕家再興等而去其家時。則庶子與父之配偶者之間。無所謂親子關係。雖然。若父之婚姻前。庶子既在其家時。或父之婚姻後。庶子始入其家時。則應生嫡母庶子之關係。何則。蓋庶子於父之婚姻前。既入其家。則與婚姻同時。生親子之關係。於婚姻後。始入其家。則於入家時。同時生親子之關係也。此關係一旦發生。雖庶子離其家族團體。而其關係依然存續。至若嫡母因死亡。或因離婚而去其家。而其父更迎後妻時。其庶子將以後妻爲嫡母乎。抑以爲繼母乎。據服忌令詳解。及服忌令窺解等書觀之。其後妻似宜以爲繼母。然如前云。繼子以嫡出子

爲必要之條件。非嫡出子。則無生繼母子關係之理。然則父之後妻。無論經幾度變更。其在同一家族團體內之庶子。皆以認爲嫡母爲當。

是知繼父母與繼子、嫡母與庶子間之關係。因父或母之婚姻而發生。故亦因父或母夫婦關係之消滅而消滅。但夫婦一方有死亡時。非爲消滅繼親子或嫡母庶子間關係之原因。何則。離婚必有意思。必經裁判。故可推定有絕棄親族關係之意思。若夫婦一方之死亡。不過因自然之事實。消滅夫婦關係。未嘗消滅爲家族一員之資格也。故不能推定有絕棄親族關係之意思。是以繼親子或嫡母庶子之關係。不能因此消滅。惟夫婦一方死亡之後。其存在之配偶者。若去其家時。例如復籍實家或爲他家之家族。是即可推定有與婚家斷絕親族關係之意思。故親族關係。同時消滅。

## 第二項 親權之效力

親權者。父母本爲父母之身分。從法律之規定。對於在家之子。所有一切之權利義務也。親子間之關係。雖互異其家。必不消滅。然由親族關係所生之效果。因子之在家與否而異。親子屬於同一之家者。親權足以行之。若異其家者。父或母雖可教育監護。並管理其財產。是非行使親權也。乃後見人所以行使後見權也。故親權之行使。以親子屬於同一家者爲要素。且必對於未成年之子。及已成年而不能營獨立生計之子。始得行之。若已成年而又能營獨立之生計者。不得行使親權。行親權者。屬於在家之父。若父不知時。死亡時。去家時。或不能行使親權時。以在家之母行之。父母二人。不能同時行使親權。蓋同時行使。恐教養不能出於一途也。親權之效力。大別爲二。(一)對於子身體之效力。(二)對於子財產之效力。試分述之。

(一) 對於子身體之效力

(一) 監護及教育之權利義務

監護者對於子之身體。消極的防衛不利益之謂也。教育者。就體育。智育。德育。積極的增進利益之謂也。積極的增進其利益。即所以消極的除其不利益。二者實二而一。一而二者也。監護教育。屬於父母之親權。故父母可以排除他人之監護教育。任意自定監護教育之方法。此就監護教育。爲父母權利之一方面而言。然監護教育。又爲父母之義務。故父母之對於其子。自不能辭監護教育之責。監護教育之義務。爲私法上之義務。故宜體父母之身分。資力如何。以定其義務之程度。雖然。子固有受父母監護教育之權利。然此種權利。非因訴訟而有強制之手段者也。但父母怠忽義務之時。子之親族或檢事。得請求喪失其親權而已。

據現行小學校令。凡爲父母者。有使子就學於尋常小學校之義務。是教育其子者。爲父母對於國家之義務。亦即父母所負公法上之義務。不知由小學校令之規定所生之義務。與民法無關。民法上之

義務。應親之身分資力如何而異。親之身分資力足者。雖使就學於尋常小學校以上之學校。不失爲民法上對於其子之義務。若親之身分資力薄者。雖不使就學於尋常小學校。亦未嘗違反民法上之義務。故民法上之義務。非爲對於國家之義務。可斷言矣。

又由監護教育之義務所生之效果。即其子若加損害於第三者時。則其父母。宜任賠償之責。又其父母。雖可以監護教育之任。委於他人。但其委託者之選擇。屬父母之責任。即委託之後。父母亦不能免其責也。

## (二) 指定子之居所之權利

指定子之居所之權利。由監護及教育之權利而生。故子未得行親權之父母所許可。不得自由定其居所。此無他。若任子之自由。或不免交浮浪之蕩子。受惡化之浸淫。而監護教育之目的。不能達矣。雖然法律上非必使爲父母者。負指定子之居所之義務者也。若父母

以子之智識既充。足以自定其居所時。則由子之任意亦可。其指定居所之法。或限以特定之土地。使於其土地內。選擇住家。或指以一定之居所。委託第三者。代行監督。

(三) 許否子之兵役出願之權利

許否子之兵役出願之權利。亦由監護教育之權利而生。據現行徵兵令。男子十七歲以上者。許其出願兵役。據民法。十七歲以上二十歲未滿者。非得行親權之父母所許可。不得充志願兵。由是而言。其子非因國家之強制。欲任意服兵役者。以其於子之身體上。有重要之關係。故必須父母之許可。

(四) 懲戒其子之權利

加懲罰之權利。近世法制之通則。皆屬國家公力之專權。私人除受國家限制之外。有身體之自由。雖然。獨戶主家族間。夫婦間。親子間。可以一方之意思。限制他一方意思之自由。是即所謂戶主權。夫權。

親權也。而戶主權及夫權。對於家族及妻之身體。尙不能直接加以懲罰。惟親權。不特可以限制其子意思之自由。且可進而加懲罰其子之身體。此所謂懲罰之權利也。諸國法制。概認此權利者。蓋以父母爲保護其子之身體。不能不防禦其惡化。其惡化未甚者。可以普通之教育方法矯正之。若其浸染已染。轉圜匪易。是爲普通教育方法之力所不及。非懲罰其身體。不足以去惡習而化爲善良也。懲戒之法。有以父母之專斷行之者。有請求於裁判所行之者。

(五) 許否其子營職業之權利

子營職業。與子之身體財產。皆有關係。非得行親權之父母認可者。不可。職業者。以得收入爲目的。而以某行爲爲常業之謂也。若不以爲常業者。其目的縱在收入。不必許可。若目的旣在收入。行爲亦屬恒久。是爲職業。故不問其爲教員。爲官吏。爲醫師。爲辯護士。以及或爲商工業等。皆以得父母之許可爲常。一旦許可之後。若其子有不

堪營職業之事迹時。其許可得以取消。取消之後。即失營職業之能力。故取消後因營職業所生之債務。亦可取消者也。

(二) 對於子財產之效力

(一) 管理財產之權利

未成年者。不但爲戶主之時。可以自有其財產。即爲家族之際。或因遺產相續、遺贈、贈與、及有償行爲等類。以己之名義。而得一切財產。是即其子之特有財產也。其子係未成年者。無管理財產之能力。故以行親權之父母。代爲管理。蓋父母對於子之身體財產。有保護之全權故也。父母之財產管理權。以及於子之財產全體爲原則。然亦有例外二。(一)許其營職業之未成年者。關於其職業。有完全之能力時。則關於其職業之資本。不可無完全之管理權。(二)無償而與財產於子之第三者。表示反對之意。思時是也。又父母之財產管理權。爲無限制之權利。故與後見人之管理權不同。蓋後見人之管理權。受

後見監督人或親族會之干涉者也。但母之一方對於財產之管理權。可以辭謝。

(二) 經理財產收益之權利

凡由子之財產所生之收益。行親權之父母。可以取爲己之所得。是所謂經理財產收益之權利也。至若扶養教育其子。以及因管理子之財產所需之一切費用。皆由父母之財產中支出。故費用及收益。皆不須計算。縱令一方之額。逾於他方之額時。不得請求償其差額。即其子全無收益時亦然。

(三) 法定之代理權

關於財產之法律行爲。行親權之父母。可以爲子之法定代理人。其代理權之範圍。不特管理其財產而已。凡所有關於財產之行爲。皆可代理。故代理其子所爲之行爲。直接對於其子而生效力。但其代理權。以關於財產之行爲爲限。若關於身分之行爲。除特定者外。無一

代理權。例如婚姻、離婚、隱居等項，皆不能代理者也。關於財產之代理權，原則上固無限制，然亦有例外，如以子之行爲爲目的，而可生債務關係者是也。例如代子結雇傭契約，或結爲受任者之契約時，此等法律行爲，以須子之動作爲必要，故父母無絕對之代理權，不可不得子之同意，何也？蓋未得子之同意，不足以束縛子之身體自由也。但由他種之親權效力而來者，例如強施教育之類，此雖以子之行爲爲目的，然不生債務關係，故不問子之同意與否也。

關於財產之代理權，既論之矣。凡所有關於財產之行爲，皆爲權限之所及。雖然，若當母之一方，行使親權之際，其權非若是之絕對無限。蓋女子之智識，概淺於男子，失夫之後，尤易爲他種外力所誘惑。若其權操之太甚，不保無反背子之利益之行爲，故當母之一方爲代理人時，其行爲與子之利益有重大關係者，必更得親族會之同意，因而其母有超越權限之行爲，可以取消，不然，無以達保護其子

之利益之目的也。

(四) 戶主權及親權之代表

日本民法與他國立法例多殊。未成年之子。雖有配偶。尙服親權。故服親權之未成年者。既有配偶。又有子息。雖然。既自服從親權矣。使對於其子。亦得行使親權。則於事理上不甚適宜。故當此之際。乃以行親權之父母。代其子對其孫。併行親權。但父母代子而行親權者。以其子及配偶者皆未成年爲限。若其子爲未成年者。而其配偶者。達於成年時。即以其配偶者行使親權。又未成年之子而爲戶主者。亦不能行使戶主權。仍由其父母代行戶主權。

第三項 親權之消滅

親權之消滅。有原因於子之身上者。有原因於親之身上者。其因子之身上所生之事實。(一)子死亡時。(二)子入他家時。(三)子達於成年之後。營獨立生計之時是也。其因親之身上所生之事實。(一)親死亡時。(二)爲禁治產者

時。(三)因其心神喪失等類。事實上不能行使親權時。(四)親入他家時。(五)裁判所宣告親權之喪失是也。親權之消滅。其不受裁判所之干涉者。不必贅論。若因情形而必須裁判所干涉者。蓋以防親權之濫用。而保護其子之利益也。元來親子之間。本乎情義。誠無容裁判所之干涉。然親權者。限制子之自由。爲最強大之權利。若利用其權利。固足以增進其子之利益。若濫用其權利。不但喪失子之自由。甚或陷以不可補救之罪惡。裁判所若不干涉之。以宣告其親權之喪失。既不能保護其子之利益。且於國家之利益。有妨礙焉。

#### 第四款 被扶養權

親族宜互相親和互相扶養者。不徒爲人倫之常道。亦實爲法律上之義務。雖然扶養之義務。不可無限。既須限以權利者及義務者之範圍。又須限以義務之程度。夫一面有爲扶養之義務。一面必有受扶養之權利。所謂被扶養權者是也。此種權利。雖爲一種財產權。然本於一定之身分關

係。故亦可謂爲身分權。就扶養之範圍言之。直系血族。有互爲扶養之義務。兄弟姊妹無過失時。亦不可不互爲扶養。蓋親子兄弟之間。若不互相扶助。則有悖乎人倫之大道。此外如戶主宜扶養家族。夫婦之間。宜互相扶養。又若夫婦之一方。與他一方之直系尊屬。在其家者。亦有互相扶養之義務。例如妻與夫之父。同在一家時。其妻宜扶養其父。其父亦宜扶養其妻之類是也。

如對於某人。負扶養之義務者有數人時。由其配偶者。先履行扶養義務。若力不足時。則由直系卑屬。直系尊屬。戶主等。順次扶養。而同順位之扶養義務者有數人時。各應其資力。負擔義務。又如有受扶養之權利者有數人。而扶養義務者之資力。不能扶養其全員時。先扶養直系尊屬。次及直系卑屬。配偶者等。而同順位之權利者有數人時。各應其需要而受扶養。

由是而言。扶養之義務者。乃一定之人。以己之資產勞務。不能爲生活之

時或以己之資產不能受教育之時而發生者也。在前者之例。扶養義務者。或迎扶養權利者而養之。或以生活之資料。付給扶養權利者。二者可選擇而行。至扶養之程度。因權利者之需要與義務者之身分資力而定。其輕重不能一概而論也。

## 第二節 戶主權

### 第一款 戶主權之觀念

無論個人制度與家族制度。苟成立家族者。其家必有主宰。所異者。個人制度。其家之主宰爲親。家族制度。其家之主宰爲家長。日本之所謂戶主。即爲家長。蓋本家族制度而爲家之主宰者也。溯古代之歷史。繹家長制度之起因。蓋當原始社會。人民行共同婚姻。男系莫明。而以女系爲血族關係之基礎。及經過此時。以畜牧耕作爲生業。爲男子者。以覓求衣食計。乃率其所有之妻、奴、牛、馬、農具。離棄本族。轉徙新地。盡力農畜。繁衍子孫。於是而新族得以構成。男系始得正確矣。當斯時也。由其妻子眷屬構成。

之新族。皆爲彼男子之一族。其族中所生之子。皆爲彼男子之子。其男子之嫡子。以先他子而成長。故先他子而娶妻。且先他子而得父之援助。迨父老衰弱死亡之時。其嫡子乃承繼父之權力。而爲族中之主宰。是即所謂家長制度之濫觴也。故家長制度者。必經過以女系爲血族基礎之時代。而當畜牧耕作盛行之日。始得發生。試以希臘及羅馬之歷史證之。昭然矣。羅馬盛行嚴正之家長制度。據其法規之流於後世者觀之。凡男子之苗裔。當男子生存之間。法律上皆宜服屬其男子。易言之。其子女並其子女之子孫。皆服屬於其子女之父之謂也。由是其父稱曰家長。 *pater familias* 其父所有之權力稱曰家長權。 *Patria potestas* 此種權力。在當時之社會。視爲所有權之一種。故家長與妻子之關係。猶法律上物品與物品所有者之關係。家長既有如是之完全所有權。其權力所及。凡服屬於勢力下之家族。或買賣之。或殺戮之。或授受之。皆得行之而無阻者也。又服屬者。不得私有財產。其所得之財產。咸爲家長之利益。不特此也。至一

家之私事。勿論鉅細。皆受家長之指揮命令。此不獨羅馬古代爲然。原始社會。凡以家族制度爲社會組織之單位者。不問東西。其揆一也。及世之進也。嚴烈專橫之家長權。漸次縮退。始也褫剝其生殺予奪之權。繼也削奪其賣買授受之權。終也減少其財產限制之權。迄於今日。家長之形跡雖存。而其實體。已非若前此之達於極點矣。試即日本證之。其沿革亦大略相同。要之嚴行家族制度之時代。一家有似乎法人。家族。即法人之社員也。戶主。即法人之代表者也。故有爲戶主之身分者。關於一家之事。勿論公私。勿論鉅細。皆有權利而負義務。今日日本民法。採家族制度與個人制度混合之時代。一家既失法人之形。而戶主之身分。亦失其實。不過其形體上。仍認爲一家之主宰而已。試即民法觀之。其子不問爲戶主與否。其父母總有親權。至其他凡百之權利義務。除二三例外之外。未嘗認爲戶主身分所固有。是嚴行家族制度時代之戶主。與今日之所謂戶主。其形體雖同。而實質已大相逕庭矣。夫日本之所謂家督云者。由本來之

意義言之。屬於其家權利義務之全體也。若曰相續家督者。則表示相續戶主之身分。而相續以前。稱曰家督。相續以後。稱曰戶主。曰家督。曰戶主。由法律上觀之。指示同一性質之身分也。此身分附隨於家之觀念。苟有一家之存在。此身分亦必存在。其取得此身分之人。雖有新陳代謝。而與此身分。毫無關係。

戶主權云者。戶主本戶主之身分。對於家族。所有一切之權利義務也。細別之爲三。(一)祭祀權。(二)對於家族之權。(三)關於財產之權。然祭祀權。本於家督相續之本旨而生。今日則任道義以支配之。法律上無規定之者。關於財產之權。現今法律。無所謂家產。故戶主無特別財產權。是則現今所謂戶主權者。僅對於家族之一切權利義務而已。戶主權既本戶主之身分。而有一切之權利義務。故戶主因特別之契約。對於家族所有之債權。非戶主權也。雖然。戶主權者。爲公法上之權利乎。抑爲私法上之權利乎。以予觀之。當家族不能爲權利義務之主體。而以戶主爲家之代

表認爲有法律上人格之時代。戶主權可謂爲公法上之權利。若在今日。不問戶主。不問家族。既名曰人。有爲人之人格。即有爲權利義務主體之能力。而戶主權。不過本戶主之身分。對於家族有監督之權利而已。全爲私人間之關係。故非公法上之權利。而爲私法上之權利也。但據現行之法令。戶主之身分。往往與公法上之權利有關係。如因爲戶主而取得公民權。因爲公侯爵華族之當主。而有爲貴族院議員之權利是也。

## 第二款 戶主之效力

### 第一項 同意權

戶主之同意權。大別爲三。試述如左。

#### (一) 對於現在爲家族者之同意權

現爲家族者之某行爲。有以得戶主之同意爲絕對的條件者。有以爲相對的條件者。略述於左。

(一) 家族收納庶子私生子入家之時。此項爲絕對的條件。即戶主不

與以同意時。家族全不能以庶子私生子入於其家。

(一) 家族欲爲他家之家族時。此亦爲絕對的條件。又法定之家督相續人。除本家相續之外。不得入於他家。故法定家督相續人欲入他家時。戶主無與以同意之權利。

(三) 家族欲爲婚姻或養子緣組之時。家族爲婚姻或養子緣組者。其例有二。即 (一) 家族因婚姻或養子緣組而入於他家。 (二) 家族由他家迎妻或收養子而入於已家是也。此二種皆須得戶主之同意。若未得同意而爲之者。戶主可行其離籍權。或復籍拒絕權。但此項之須得戶主同意者。爲相對的條件。非絕對的條件也。

(四) 家族欲相續他家。欲爲分家。或欲再興廢絕家時。家族之得以相續他家。爲分家。或再興廢絕家者。爲慣習之所認。無禁止之理由。故有戶主之同意時。即可爲之。夫家族之相續他家者。其例有二。 (一) 因被相續人之遺言。指定爲家督相續人者。 (二) 因親族會之選定。

而爲家督相續人者。二者皆可不從養子緣組之方式而入他家。蓋養子緣組。無養親不得爲之。茲則不然。故不必適用養子緣組之方式也。至分家之戶主。或推定家督相續人。相續本家時亦然。

- (五) 因婚姻或養子緣組而入於他家者。如入夫、妻、養子之類。若將與養親或配偶者毫無關係之自己親族。如因婚姻或養子緣組而未入其家之先。由他之配偶者所生之子或私生子之類是也。欲爲婚家或養家之家族時。此條(三條七)規定。甚不完全。僅據法文解釋之。即因婚姻或養子緣組而入於他家者。若欲以與養親或配偶者毫無關係之自己親族。入於養家或婚家時。先須有養家或婚家戶主之同意。若欲以之爲養家或婚家之家族時。更宜受現屬家戶主之同意也。

- (六) 去婚家或養家者。欲以在婚家或養家自己之直系卑屬爲自家之家族時。蓋去婚家或養家者。一旦既爲婚家或養家之家族。當其

去婚家或養家之際。所有自己之直系卑屬。固以留於養家或婚家爲宜。然以爲自己本來之直系卑屬。以之隨之而去。而爲自己之家族。未始非人情之常。雖然。其去婚家或養家而入於他家也。其在現屬之家。自己未必爲該家之戶主。故欲以自己之直系卑屬。爲自家之家族時。不可不得現屬家戶主之同意。若自己有配偶者。更以得配偶者之同意爲要。

(二) 對於將來爲家族者之同意權

一家之家族。欲爲他家之家族時。不可不得現屬家戶主之同意。既論之矣。然欲爲他家之家族。同時非得他家戶主之同意。不能入於他家。故他家之戶主。可謂對於將來爲自己家族者。有行同意之權也。

(三) 對於已往爲家族者之同意權

(一) 因婚姻或養子緣組而入於他家者。更因婚姻或養子緣組而再入別家時。此際行同意權者。實家之戶主也。蓋因婚姻或養子緣組

而入於他家者。若更因婚姻或養子緣組而再入別家時。一面須得婚家或養家戶主之同意。一面須得實家戶主之同意。蓋離婚離緣。當然宜復籍於實家。故實家之戶主。所以有同意權也。

(二) 去婚家或養家者。欲以在婚家或養家自己之直系卑屬。爲他家之家族時。蓋去婚家或養家者。一旦既爲婚家或養家之家族。當其去婚家或養家之際。所有自己之直系卑屬。以留於養家或婚家爲宜。然以爲自己本來之直系卑屬。以之隨之而去。而爲他家之家族。實有以合乎人情之常。故除婚家或養家有故障外。可以携去而爲他家之家族。雖然。統轄監督其直系卑屬者。婚家或養家之戶主也。故以得婚家或養家戶主之同意爲要。

## 第二項 居所指定權

戶主有指定家族居所之權。其所以有此權者。以戶主既有扶養家族之義務。又有種種之同意權。若不指定其居所。即無以實行其權利。故家族

不能背戶主之意思以定其居所。雖然。家族固不能背戶主之意思。而戶主非必有指定家族居所之義務也。因而戶主對於家族之居所。毫無意思表示時。則推定戶主有使家族同居之意思也可。又若家族隨意定其居所。於相當之期間內。戶主無反對之意思。別指定居所時。則亦不得謂爲違反戶主之意也。

### 第三項 離籍權

離籍權者。對於家族。排除其家籍之權也。此爲一種裁制權。行此權之原因如左。

(一) 家族違反戶主之意思。自定其居所。戶主催告轉居於指定之居所。而家族不從戶主之命時。家族違反戶主之意思。自定其居所。戶主定相當之期間。催其轉居。若不從戶主之催告。戶主即可行離籍權以裁制之。然戶主欲行此權之際。事實上。有不能行之者。如家族之居所不明是也。有法律上不能行之者。其例有二。

(一) 爲未成年者時。未成年者其思慮未定。即違反戶主之意思。定其居所。不得謂爲有完全欲脫戶主權之意思。若直使之離籍。永絕扶養之義務。不免使未成年者。流於浮蕩暴棄。故對於未成年者。免此裁制。

(二) 爲戶主之偶配者時。入夫而違反戶主之意。定其居所時。女戶主不得使之離籍。妻反男戶主之意。定其居所時。男戶主不得使之離籍。何則。夫婦必宜同居居住者也。

(二) 家族未得戶主同意。爲婚姻或爲養子緣組時。此所以保戶主之同意權也。戶主對於此項。得以行離籍權者。以自婚姻或養子緣組之日。一年以內爲限。若一年以內。不行此權利時。謂爲戶主默與以同意也。可。

#### 第四項 復籍拒絕權

因婚姻或養子緣組入於他家之家族。當離婚離緣之際。自應復籍於實

家。然於爲婚姻或養子緣組之日。若未履行法律所定之條件者。戶主可以拒絕其復籍。是即所謂復籍拒絕權也。亦爲制裁權之一。戶主得以行此權利之原因有二。

(一) 因婚姻或養子緣組而入他家者。不得實家戶主之同意更入別家時。

(二) 家族未得戶主之同意。而因婚姻或養子緣組入於他家時。右之二項皆未得戶主之同意。若當其離婚離緣之際。戶主可行復籍拒絕權以裁制之。

### 第五項 戶主之義務

戶主之義務者。即家族不能支持費用之際。戶主應其身分及資力。扶養家族且教育家族之謂也。然戶主亦有可以免此義務之原因。如家族違反戶主之意而轉居之類是也。

### 第三款 戶主權之得喪

## 第一項 戶主權之取得

凡權利之取得。不問其種類如何。必有原始及繼受二種。戶主權亦然。戶主權之原始取得者。取得新發生之戶主權之謂也。戶主權之繼受取得者。取得已存在之戶主權之謂也。繼受取得。詳於相續篇。茲不贅。原始取得。亦分爲二。即一家之新立與一家之分立是也。前者本於法律之結果。後者出於家族之任意。前者之例。如（一）父母共不知時。（二）私生子不能入於其母之家時。（三）宜復籍於實家者。不能復籍時。（四）家族被處以離籍時。（五）失戶主之家。無家督相續人而有家族時是也。後者之例。如分家或廢絕家再興是也。分家云者。家族分離於所屬之家。以新立一家爲目的之意思表示也。其家族稱從來所屬之家曰本家。其分離之家。對於本家。稱曰分家。由同一之家。分出數分家時。此分家與他分家之間。相互稱曰同家。由分家再生出分家時。其再分家對於本家之本家。稱曰末家。行分家時。在成年之家族。宜受戶主之同意。在未成年之家族。更宜

受行親權之父母，或後見人之同意。受此同意後，勿論何時，皆可爲之。但法定之家督相續人，非廢除其爲相續人之位置後，不得爲分家。蓋由尊重家督之習慣而來也。廢絕家再興云者，以繼興已歸廢絕之家之家名爲目的之意思表示也。其與分家異者，分家在冒本家之家名，故生本家分家之關係。廢絕家再興，在冒已經廢絕之家之家名，故無所謂本家分家之關係。是而外，其實質，其條件，皆與分家相同，即除法定家督相續人外，成年之家族，得戶主之同意，未成年之家族，得行親權之父母，或後見人之同意時，得以再興本家，分家，同家，及其他親族之家。

## 第二項 戶主權之消滅

戶主權之絕對的消滅，其原因在於絕家及廢家。廢家云者，以廢滅其家爲目的之意思表示也。其實質爲戶主權之任意拋棄，所以與隱居異者，隱居須豫有相續人之承認。廢家則不然。又隱居者，因隱居取得爲家督相續人之家族身分。廢家者，則因廢家而爲他家之家族，爲他家之戶主。

此廢家之所以與隱居異也。雖然，由任意拋棄戶主權之點觀之，廢家與隱居同。因而爲廢家者，須爲家之戶主。且須出於戶主之任意。他人不得強制廢家者也。日本民法，許其爲廢家者有二。（一）已所新立之家，廢之而入他家時。夫所謂新立之家云者，如分家，一家創立，廢絕家再興之類是。當此之際，雖廢滅其家，不特未絕祖先之祭祀，且不悖尊重其家之本旨。況新立之家，不能視爲祖先承繼而來之家產，故非若戶主權之繼承的取得。有維持其家產之責任者也。（二）因家督相續而爲戶主者，有可以廢家之理由，而得裁判所之許可時。蓋因繼承的取得而有戶主權者，與新立一家者不同。有維持祖先祭祀之義務，不許任意廢家。惟有正當之理由，而得裁判所之許可者，可以行之。所謂可以廢家之理由者，即宜入於他家之原因，較之維持繼續現在之家，更形切要之謂。例如分家之戶主，而相續本家，或再興本家之類是也。又一家之斷絕，通常稱曰絕家，與廢家異。蓋廢家因人爲之結果，絕家則因自然之結果也。易言之，廢家

本於現爲戶主者之任意而生。絕家則因戶主死亡。或國籍喪失。而無家督相續人之結果也。

戶主權之相對的消滅。在於家督之移轉。家督之移轉。一源於家督相續開始之原因。一源於隱居家督相續開始之原因。詳於相續編。茲就隱居制度述之。隱居云者。戶主以喪失其身分爲目的。而使家督相續人承繼其身分之意思表示也。溯其起源。其詳雖不可得而聞。然即德積博士所著之隱居論觀之。謂由上古社會食人俗。殺老俗。棄老俗。變遷進化而來。博士且區別隱居爲數種。(一)晚年爲信教而出家人道者。曰宗教的隱居。(二)本政事上之理由而致仕者。曰政事的隱居。(三)因犯罪過失而隱居者。曰法律的隱居。(四)因身體精神之耗弱而退隱者。曰生理的隱居。要之古代社會。公法關係。常與私法關係相混。故家長之地位資格。不徒爲私法上之身分。且爲公法上之身分也。再即日本隱居之起源攷之。始也源於佛敎之信仰。次也源於武士道之風習。蓋佛敎以脫棄一切爲

真相。武士道以老弱衰耗爲不祥故也。其後儒教東來。以高蹈勇退爲名高。以遯世無聞爲安樂。於是士君子皆以隱居爲務。而隱居之制度。遂胚胎於是矣。雖然。人之生斯世也。當蓋棺之先。皆有所以爲人之任務。若無故任其退隱。不但有忝爲人之天職。且安居逸樂。不事生產。不免消耗國民之元氣。減少一國之生產力。故由純理上言之。隱居制度。甚爲不當。雖然。因襲既久。勢難驟禁。是以日本民法。非有一定之理由者。不得爲之。所謂一定之理由者。(一)老年人者。(二)因疾病。本家相續。及其他不得已之事由者。(三)爲婚姻者。(四)爲女戶主者。除以上四者之外。凡少壯有爲之戶主。不許猥然退隱。蓋以其有害公益故爾。

凡隱居之法律行爲。其事實在拋棄戶主權。故不可不出於權利者之任意。是以心神喪失中。或無意思失能力之幼者。所爲之隱居行爲。全然無效。由是推之。戶主雖有病疾。刑罰。生死不明。及其他種之障故。不得以親族會等之議決。反戶主之意思而爲隱居。是可知戶主之任意者。爲各種

隱居原因之共同要件也。此外各有特別之要件。如因老年而隱居者。其要件。(一)年齡滿六十歲以上。(二)有完全能力之家督相續人。爲相續之單純承認是也。如因不得已之事由而隱居者。其要件。(一)有不能執家政之不得已事故。(二)有法定之家督相續人。或豫定家督相續人。承認相續。(三)受裁判所之許可是也。如因婚姻而爲隱居者。其要件。(一)有推定家督相續人。或指定家督相續人。爲單純或限定之承認。(二)受裁判所之許可是也。但戶主因婚姻而入於他家者。先須相續人之承諾。及裁判所之許可。繼爲隱居。其後始爲婚姻。若未爲隱居。僅以戶主之身分。將因婚姻而入於他家之意旨申告之時。戶籍吏不能受理其申告者也。如因爲女戶主而隱居者。其要件。(一)家督相續人。爲相續之單純承認。(二)有配偶者。須得配偶者之同意是也。夫男戶主當爲隱居之時。法律上之要件。必須得妻之同意者。雖反日本習慣之常。若女戶主爲隱居。不可不得夫之同意者。夫婦倫序自然之道也。且女戶主之必須夫之同

意者。不獨未達於六十歲以上之女戶主爲然。即年逾六十歲以上者。或因疾病及其他不得已之事由者。欲爲隱居。皆以得夫之同意。爲必要之條件。

### 第三節 後見權

#### 第一款 後見權之觀念

羅馬古代之後見。在代幼少之家長而行家長權。日本之舊習。亦限以幼少之戶主。或瘋癲白痴之戶主。始附後見人。故後見人之職務。以代被後見人行戶主權爲主眼者也。然近世諸國之法律。其所以認後見人者。與古時之性質大異。乃對於已脫親權之未成年者及禁治產者。保護監督其身體財產爲職務者也。詳言之。後見之職務。可以大別爲三。身體之保護監督。一也。財產之保護。二也。行爲能力之補充。三也。原來無能力者。或因智能發達之不全。或因精神之錯亂。而不能爲是等行爲。使無一定之人以保護之。則利益必受損害。法律爲保護其利益計。乃設親權。後見。保

佐三種之制度。使達其保護之目的。故後見者。即保護制度之一也。法律上之所謂無能力者有三。有由於性者。是爲妻。有由於年齡者。是爲未成年者。有由心神喪失者。其重大者爲禁治產者。準乎此者爲準禁治產者。妻之無能力。非因智慮之不完全。乃因有夫而然。故不必特設保護制度。準禁治產者。附保佐人保護之。惟對於未成年者及禁治產者。則附親權或後見。以爲保護之方法。行親權之父母。本自然之情誼。以當保護之任。最爲適宜。故有行親權之父母者。法律即使其父母保護之。無取乎別設保護制度。惟已脫親權。而又在無能力之狀態者。是非附以後見。不可。可知後見權者。即屬於此職務之一切權利義務也。

## 第二款 後見人及監督機關

有後見權者。曰後見人。受後見權之行使者。曰被後見人。後見非本親族關係而發生。故當其行使。不可無監督機關以監督之。據日本民法。爲後見人之監督機關者。後見監督人及親族會也。後見監督人。爲單獨制之

機關。親族會則合議制機關也。後見人立於此等機關之下。以行使後見權。夫後見權之行使。一面爲後見人之權利。一面又爲後見人之職務。由其職務言之。後見人可分爲三。(一)對於無行親權之未成年者而爲後見人時。則監護、教育、並懲戒其被後見人。又許可職業、管理財產。凡關於財產之行爲。或代表之。或與以同意。且代之行戶主權、親權。及配偶者財產之管理權。並一切皆負義務。(二)對於有行親權之未成年者而爲後見人時。則管理被後見人之財產。又關於財產之行爲。或代表之。或與以同意。且代之有管理配偶者財產之權利。並負義務。此外如教養懲戒等不能涉及。(三)對於禁治產者而爲後見人時。則爲被後見人之療養看護。又管理其財產。凡關於財產之行爲。皆代表之。且代之有行使戶主權之權利。並負義務。此就職務而分別之者也。更就就職之手續言之。亦可別爲三項。(一)行親權之父母以遺言指定之者。曰指定後見人。(二)因法律之規定。當然而爲後見人者。曰法定後見人。(三)由親族會選任之

者。曰選定後見人。

即後見監督之機關言之。其一爲後見監督人。後見監督人者。(一)監督後見人之職務。(二)後見人缺乏之際。求後任者之就任。(三)有急迫之事情時。爲必要之處分。(四)後見人與被後見人之利益相反時。爲被後見人之代表。此後見監督人之職務也。後見監督人。雖爲單獨制之機關。法律上非必以一人爲限。亦可以數人組織之。但有數人組織之者。仍非合議制之機關。法律上各有相互獨立之權限者也。後見監督人之就任。有因行親權父母之遺言而指定者。是曰指定後見監督人。有由親族會之選任者。是曰選定後見監督人。後見監督人之外。爲後見監督之機關者。則爲親族會。親族會者。以親族會員合成之議決機關也。試即親族會之職務權限舉之。(一)無指定後見人或法定後見人。以及無指定後見監督人之時。選任其他之後見人及後見監督人。(二)因一定之事由。免黜後見人。(三)承認後見人或後見監督人之辭任。又請求其免黜於裁

判所。(四)後見人對於被後見人。有重要之行爲時。與以同意。(五)定其與報酬於後見人與否。(六)後見人就職之初。豫定因行使後見權。每年所需之費用。(七)後見人就職之初。定後見人爲被後見人所受取之金額。達於一定之數時。宜寄託之。(八)由後見人受財產狀況之報告。(九)財產調查或後見之計畫。有必要時。延長法定之期間。(十)認可後見之計算等是也。

對於未成年者之後見人。第一次由父母中最後行親權者。以遺言指定之。若不能指定時。戶主當然爲後見人。若無戶主時。則由親族會選任。對於禁治產者之後見人。最初法定後見人。若無法定後見人時。由親族會選任之。例若普通之成年者。受禁治產之宣告時。則行親權之父母。同時爲後見人。夫婦之一方。受禁治產之宣告時。則他之一方。同時爲後見人之類是也。但妻受禁治產之宣告。其夫不能爲後見人。或辭退其後見人時。則其後見人之地位。以對於其妻行親權之父母充之。妻對於夫亦

然即夫受禁治產之宣告。其妻不能爲後見人。或辭退其後見人時。以對於其夫行親權之父或母充之。至若妻爲未成年者。不問其妻有行親權之父母與否。皆以成年之夫。行後見人之職務。若未成年之妻而又受禁治產之宣告者。亦然。不能以行親權之父母。奪其夫爲後見人之資格者也。雖然。使夫爲未成年者。以尙屬於父母親權之下。不能以其妻爲後見人。即或未成年而又受禁治產之宣告者。其妻縱屬成年。後見人之職務。仍宜歸諸行親權之父母。此夫與妻相異之要點也。

如上所論。若無指定後見人。若無父母配偶者。或有之而不能爲後見人時。則以戶主爲後見人。是蓋出於戶主權之結果也。若並戶主而缺乏時。則由親族會選任。蓋親族會之選任。即所以定後見人之最後方法也。爲後見人之義務。出於法律上之強制負擔。故不問法定後見人與選定後見人。皆不能拒辭後見人之任務。此一定原則也。惟是後見人之職務。財務紛繁。責任重大。若爲後見人者。或負有他項之公務。或具有不能爲後

見人之正當事由。使不准辭其後見。不免於後見事務。轉形叢脞。故原情度理。親族會亦得以免除其任務。

### 第三款 後見權之效力

後見權之效力。對於被後見人之身體及財產而發現。對於被後見人身體之效力。因未成年者與禁治產者而異。對於未成年者。以監護教育爲主。因而可爲指定居所。懲戒身體。許否兵役之出願。許可營業。取消許可等事。對於禁治產者。以療養看護爲主。故或送被後見人於瘋癲病院。或監置於自宅。可由後見人行之者也。雖然。亦有行親權者。無財產管理權。由是始發生後見權。以專管理被後見人之財產者。此等後見人。僅對於被後見人之財產。有權利。負義務。而與被後見人之身體。無關係也。其對於被見人財產之效力。即財產管理之權利也。後見人當行管理事務之際。雖得使用有給之財產管理人或復代理人。然爲被後見人所受取之金錢。若達一定之額。不可不寄託之。其費用逾一定之額者。不得隨意支

出。且每年之間。必須將財產狀況報告於親族會一次。及任務告終。更宜速爲管理之計算。以解除責任。不但此也。凡關於財產之法律行爲。後見人爲被後見人之代理。被後見人若爲未成年者。所有行爲。後見人有與以同意之權利。此同意權及代理權。稍受限制。重要者。非更得親族會之同意不可。

後見權之與親權。相異之點甚多。約略舉之。(一)後見人服後見監督人之監督。親權則不然。(二)後見人有爲財產調查及財產目錄調製之義務。親權者。無此義務。(三)後見人每年有豫定支出金額之義務。親權無之。(四)金錢之達於一定額者。後見人有寄托之義務。親權則否。(五)後見人有報告財產狀況於親族會之義務。親權則否。(六)後見人之行爲。與被後見人之利害。有重大關係者。須得親族會之同意。若行親權者。爲其父時。常得以專斷行之。(七)當後見權消滅時。後見人有爲管理計算之義務。親權不然。(八)後見人對於被後見人之財產。無收益之權利。因

而無支出費用之義務。親權反之。(九)後見人可因情形而受報酬。親權則無受報酬之理也。

#### 第四款 後見權之消滅

後見人之資格。雖因一定之原因而消滅。然非即時解除一切義務之謂也。資格消滅之後。尚有不可不爲之職務。其一、爲管理計算之義務。蓋爲保護被後見人之財產。而與返還財產之義務共發生者也。其二、又分爲二種。(甲)後見權消滅後。被後見人或法定代理人。尙未自行管理事務之先。忽有急迫之事情。不能不繼續其後見事務者是也。(乙)因行使後見權時。所有一切債權債務之關係。當後見權消滅之後。尙存續而有其效力者是也。

後見權之消滅。有絕對的。有相對的。絕對的消滅云者。對於後見人與被後見人兩者之間。同時解消其後見關係之謂。其原因 (一)被後見人死亡時。(二)未成年者達於成年時。或禁治產者取消其宣告時。(三)未成

年者之父母行親權時。或行親權之父母。至有財產管理權時是也。相對的消滅云者。被後見人未脫後見。惟對於後見人。消滅其後見權之謂。其原因。(一)後見人死亡時。(二)後見人失其爲後見人之能力時。(三)後見人辭其任務時。(四)後見人被免黜時是也。

#### 第四節 相續權

##### 第一款 相續權之觀念

相續權者。爲相續之權利也。相續者。本法定之原因。一人之權利義務。總括移轉於他人之謂。其一人曰被相續人。他人曰相續人。申言之。相續者。被相續人之權利義務。移轉於相續人之謂也。被相續人之權利義務。相續人概括承繼。非分別承繼。故曰總括移轉。相續之原因。爲法律所規定。例如戶主權之喪失。家族之死亡。皆爲原因之發生。原因既肇。而相續權於是乎生。夫家有戶主。猶國之有君主。君位不可一日缺。戶主亦不可一日無。故戶主死亡。或因他故戶主權消滅。則必有承繼戶主權者。戶主權

之承繼。曰家督相續。此時前戶主之財產權。戶主權。總括移轉於新戶主焉。抑人之挾有資產。傳之子孫。爲人之恒情。若財產權與人之死亡。同歸消滅。則人將皆無貯蓄之心。又若債務與債務者之一身。同歸消滅。則人將誰肯爲債權者。是以人之死亡。關於財產之權利義務。不可不總括移轉於他人。其財產權之承繼者。曰遺產相續。在採極端家族制度之國。有家督相續。而無遺產相續。例如古代羅馬是也。在採單純個人制度之國。有遺產相續。而無家督相續。如現時歐美諸國是也。日本則兼採並用。居於二者之間。但戶主死亡。及他戶主權消滅。因家督相續。一切權利義務。移轉於相續人之際。不得同時有遺產相續。僅家族死亡者。始有遺產相續耳。今舉家督相續與遺產相續二者之差異如左。

一、關於被相續人之差異。人之身分。於家族團體之中。不爲戶主。即爲家族。爲家督相續之被相續人。必爲戶主。爲遺產相續之被相續人。必爲家族。戶主之於家族。有統率權。家族之對於家族則不然。故戶主權

消滅。雖不必戶主死亡。即有家督相續。若遺產相續。則惟因家族死亡而開始耳。此二者大相歧異之點也。

二、關於相續人之差異。家督相續。以五種階級定之。其有最初順位之法定家督相續人。必為同家之家族。遺產相續。以四種階級定之。其第一級相續人之卑屬。不問其為同家與否。又家督相續。有指定及選定相續人之制。遺產相續。皆為法定相續人。無指定選定相續人之制。又家督相續。指定選定相續人。可不同家。然為遺產相續之配偶者或戶主。必為同家。(但卑屬及尊屬。可不同家)此二者特異之點。家督相續人。僅限一人。遺產相續人。則同順位者。得共同相續也。

三、關於相續目的物之差異。家督相續。承繼前戶主(被相續人)所有之一切權利義務。惟前戶主財產權之權利義務。不在此限。遺產相續。以屬於被相續人之財產權利義務為目的。相續權之效力。家督相續人。惟一人相續。相續之目的物。不生分割之問題。且不須定相續分也。遺

產相續。認共同相續人。遺產相續人有數人之時。相續財產。屬其共有。且各自定其相續分也。

## 第二款 相續權之原因

相續人之相續權。與法定原因同時發生。其發生之時期。通常曰相續之開始。發生之時期以前。相續人僅有單純之希望而已。非有相續權也。實有相續權者。在發生之瞬間。此際以何人爲相續人。相續人果有法定資格與否。皆於此時決定之。例如被相續人之子。爲甲乙丙三人。法定之推定家督相續人。爲長男甲者。若甲者於被相續人死亡前一日死亡。則相續之順位變更。次子乙者。得取得相續權。又若被相續人死亡之時。乙者爲他家之養子。則三子丙者。得取得相續權。縱令乙者於被相續人死亡之翌日。離緣復籍。亦不能挽回也。又若甲者於被相續人之生存時。或因事故。廢除其爲法定相續人。失法定之資格。若於相續開始之當時。取消其廢除。則甲者可取得相續權。乙者丙者不能也。其他相續權之效力。及

相續財產。遺留分之算定。皆於此時發生也。

家督相續之被相續人。必爲戶主。一家之戶主。僅限一人。故家督相續人。亦僅限一人。無論何人。不得同時爲二家以上之家督相續。且法定之推定家督相續人。不得爲他家之家督相續人。蓋既爲戶主。自不得爲他家之家督相續人也。若非因家督相續而爲戶主者。即一家新立者。得相續他家。又若在本家分家關係之間者。分家之戶主。廢其自家。或爲隱居者。得爲本家之相續也。

遺產相續。採諸子平分主義。其相續人。不問其在一家內與否。但因家族之死亡。而相續財產權耳。是以遺產相續開始之原因。在家族之死亡。死亡包含失踪而言。苟死亡之時。非爲戶主者。則其死亡。爲遺產相續開始之原因。非家督相續開始之原因。例如隱居者死亡。其子有遺產相續人之資格者。不問其爲自家及他家之戶主與家族。皆可取得相續權也。又因入夫婚姻失戶主權者。死亡之時。其子有遺產相續權。非戶主而爲入

夫者其死亡時亦然。又若祖父爲戶主。父母爲家族。父母死亡之時。其子亦得相續其父母之遺產也。

遺產相續開始之原因。在家族之死亡。既論之矣。若家督相續開始之原因。試述之如下。(一)戶主之死亡。(二)隱居。(三)國籍喪失。(四)因婚姻或養子緣組之取消而去家者。(五)女戶主之入夫婚姻。(六)入夫之離婚。凡此數者。皆爲家督相續開始之原因也。戶主之死亡。包括失蹤而言。與遺產相續之開始無異。不僅指戶主自然之死亡而言也。戶主之隱居。法律上之性質。戶主權歸於消滅。其家督相續開始之時期。在申告隱居於戶籍吏之日。又戶主。因婚姻而入他家。遂爲隱居者。其家督相續之開始。亦在申告隱居於戶籍吏之日。又戶主不爲隱居。因婚姻而入他業者。戶籍吏於受理婚姻申告時。即以戶主婚姻之日。視爲隱居之時。且即以婚姻之日。爲家督相續開始之時也。又若戶主失日本國民之國籍。既已脫出家族團體。則戶主權自當然消滅。此際若無家督相續者。則其家爲

絕家。若有相續者，則家督相續。於茲開始也。又戶主因婚姻之取消而去婚家者，爲家督相續開始之原因。養子因取消而去養家者，亦爲家督相續開始之原因。蓋因婚姻承繼家督相續，而爲戶主者。若其婚姻取消，則取消之效力，不及既往。故戶主去婚家時，爲家督相續開始之原因也。養子因入養家，承繼家督相續，而爲戶主者。若養子取消，則取消之效力，亦不及既往。故亦爲家督相續開始之原因也。又爲入夫婚姻之當事者，不爲反對意思表示之時，則入夫當然代女戶主爲婚家之戶主。故爲家督相續之原因。其家督相續開始之日，即在入夫婚姻申告之時。若當事者有反對之意思表示，入夫不爲戶主之時，則入夫婚姻，不爲家督相續開始之原因也。又因入夫婚姻，而爲戶主者。若一旦離婚，則以戶籍吏受理協議離婚申告之時，又或離婚裁判確定之時，爲家督相續之開始。若女戶主留保戶主權，入夫不爲戶主者，則其離婚，不爲家督相續開始之原因也。

### 第三款 相續人

#### 第一項 相續人之能力

相續人之能力。爲私權享有之能力。無私權享有之能力者。不得爲相續人。而私權享有之能力。以始於出生。終於死亡。爲原則。故相續開始之時。非爲生存者。不得有相續之能力。是以相續之開始。若最先順位之相續人。既已死亡。則其相續權。移於次順位之相續人。例如戶主死亡之時。其長男已於戶主死亡之前死亡。而無子嗣。則死亡者之家督相續權。移於次男是也。雖然。若胎兒固尙未出生。然爲保護其利益。與既生者視同一例。使有相續之能力。故如長男之子（即死亡者之孫）於相續開始之時。已在胎孕之中者。則其家督相續權。不歸次男而歸胎兒。若胎孕之事實。尙在不確定之際。其次男雖可相續。然他日胎兒出生。得請求回復其相續權也。就相續而論。胎兒視同既生者。必相續開始之時。已在胎孕之中。若相續開始之時。尙無生理的存在者。不能適用此例也。又相續開始之時。

雖在胎內有相續能力。若生而爲死體。則亦無相續能力也。

相續之事。以德義人情爲重。影響於公益者實多。故有相續人之位置者。對於被相續人。及最先順位之相續人。有背反德義人情之行爲。或對於被相續人。關於相續之事。爲詐欺行爲者。則以此相續人爲相續之缺格者。蓋以維持德義人情。保護公益也。然相續人之位置爲缺格者。於本人之利害。固有重大之關係。若漫無限制。則亦有害公益。是以法律限定缺格者之種類。(一)故意致被相續人。最先順位之相續人。以及同順位之相續人於死。又欲致之於死而被處刑者。(二)知被相續人之被殺害。而不告發告訴者。但不能辨別是非。及殺害者爲己之配偶者。或爲直系血族時。不在此限。(三)因欺詐強迫。使被相續人不能爲相續之遺言。或妨礙其取消變更者。(四)因欺詐強迫。使被相續人爲關於相續之遺言。或強使取消變更者。(五)關於相續之事。僞造被相續人之遺言書。或變造毀滅藏匿者。以上五者。皆爲缺格者。當相續開始之時。缺格者之確定者。

當然不能爲相續人。無俟深論。縱令相續開始之時。缺格者尙未明確。從相續人之順位而爲相續。他日缺格者明確。則其相續全歸無效也。

相續人。必須未被廢除者。所謂廢除者。謂被相續人。據法定之原因。請求裁判所剝奪相續人之能力也。其有請求權者。爲被相續人。其被廢除者。就家督相續而論。限法定之推定家督相續人。就遺產相續而論。限有遺留分權利之推定遺產相續人。蓋家督相續之指定相續人。被相續人得任意指定之。任意取消之。無須行使廢除權。又選定相續人。一任有選定權者之選定。亦無須行使廢除權也。遺產相續之廢除。所以特限有遺留分權利之推定遺產相續人者。無他。已之財產。限於不牴觸遺留分之規定者。得任意處分之。法律不能加以限制。故被相續人。得廢除推定遺產相續人。使他人相續已之財產。任意自由處置也。然亦不得濫用權利。使相續人失遺留分之利益。否則與法律特設遺留分之制度。保護遺留分權利者利益之宗旨。大相背馳矣。又無論家督相續人與遺產相續人之

廢除。皆必俟裁判所之宣告，即定爲法定之原因與否。因裁判所之判斷而決。其廢除宣告之結果，即喪失相續人之權利。故被廢除者，非取消廢除，不得回復相續人之權利。而相續即移於次順位之相續人。亦自然之勢也。雖然，被廢除者與缺格者不同，非全然喪失爲相續人之資格。故雖選定爲家督相續人，無不可者。蓋廢除者，僅剝奪法定推定相續人之權利，非全然除斥之相續者也。

## 第二項 相續人之種別

### 一、家督相續人之種別

#### (一) 法定之推定家督相續人

法定之推定家督相續人者，謂法律上當然推定爲家督相續人也。相續人之要件，前項所論之外，尙有二端，述之如下。(一)必爲被相續人之家族，非被相續人之家族。例如爲他家養子者，爲他家人夫者，爲分家者，新立一家者，縱令爲被相續人最近之親族，亦不得爲家督相續

人。分家之戶主。因廢家而爲家督相續人者。不過爲指定、選定之家督相續人。非法定之推定家督相續人也。雖然。被相續人之家族。不必生而爲被相續人之家族。例如養子。亦有家督相續權。被相續人認知之私生子（庶子）苟於家督相續開始之時。爲被相續人之家族者。亦得有家督相續權也。（二）必爲被相續人之直系卑屬。家督相續。僅限一人。若被相續人之直系卑屬。僅爲一人。則此一人即爲家督相續人。若直系卑屬爲數人時。則必定其順位以爲標準。其在親等相異之間者。則先近親。其在親等相同之間者。則先男子。其在親等相同男或女之間者。則先嫡出子。其在親等相同嫡出子庶子私生子之間者。則嫡出子庶子雖爲女子。亦先於私生子。其在以上四者相同之間者。則先年長者。又庶子因父母之婚姻。而取得嫡出子身分者。及養子之取得嫡出子身分者。不問其出生之日如何。皆自其身分取得之日起算。例如私生子。實際雖爲年長者。不得先於嫡出子。其後雖因其母爲正妻。而取

得嫡出子身分者。其以前出生之嫡出子。或以前懷胎之嫡出子。仍使其先有家督相續之順位。蓋所以重正當之婚姻也。

以上所舉通則之外。尚有例外者四。述之如左。

(甲) 女戶主爲入夫婚姻之時。當事者於婚姻之當時。不爲反對之意思表示者。則入夫即爲其家之戶主。入夫婚姻。即爲家督相續權之原因。女戶主無須隱居。入夫必爲女戶主父母之養子。

(乙) 據通則。於相續開始之時。爲被相續人家族之卑屬者。即可爲法定之推定家督相續人。若先爲分家。或爲他家之養子。或爲妻者。因離緣初爲養子後不爲養子者及其他之原因。於家督相續開始之前日。復籍實家者。則其復籍以前。失法定之推定家督相續人之順位。他家之家族之入籍者亦然。夫此輩皆自他家而來。雖因直系尊屬戶主之承諾。新入籍而爲家族。若以此輩爲家督相續人。而廢除先在家中之嫡出子。及他直系卑屬之已爲法定之推定家督相續人者。不特反乎人情。且使已居相

續人之地位者。忽生變更之虞。甚非策之得者。故新爲家族之直系卑屬。限於無嫡出子。庶子及其他直系卑屬者。從通則之順序。得爲法定家督相續人。

(丙)養子者。法定血族也。女壻之爲養子者。亦法定血族也。據民法第九百七十條之通則。養子雖因取得嫡出子之身分。可爲家督相續人。然直系卑屬之嫡出子。自然有爲家督相續人之資格。故女壻之爲養子者。其結緣組之日。縱在直系卑屬出生之先。然決不能使其直系卑屬失相續人之地位。何也。設養子制度之精神。原因無子者而然。既有子。烏能以法定血族。而奪其自然血族之家督相續權也。是以日本民法第九百七十三條特規定之曰。爲姊妹所結之養子緣組。不能妨其法定之推定家督相續人之相續權。

(丁)可爲家督相續人者。於相續開始時。死亡或失相續權者。勢必以其死亡者。或失權者之弟妹爲相續人。惟是死亡者或失權者之直系卑

屬。原來有相續權。今忽因偶然之事實或親之曲事。至蒙意外之損害甚爲不宜。故特設例外。使死亡者或失權者之直系卑屬。立於死亡者或失權者之順位而爲相續人。是名曰承祖相續。或曰代襲相續。所謂失相續權者。不問其原因如何。如缺格廢除本家相續及離籍等。皆含其中。

## (二) 指定家督相續人

家督相續人之指定者。謂被相續人。使某人爲己之相續人。而爲單獨之意思表示也。被相續人。限於無法定之推定家督相續人者。得爲意思表示。蓋無法定之推定家督相續人。自不能不以被相續人之意思爲重。若無所指定。則不特有背家督相續之制度。亦非所以爲一家長久計也。相續人指定之效力。在使指定之相續人。與法定之推定家督相續人有同一之地位也。

## (三) 由家族選定家督相續人

既無法定之推定家督相續人。又無指定家督相續人者。則被相續人之父母。或親族會。從一定之順序。由家族中選定家督相續人。有選定權者。爲被相續人之父。無父者。或有父而不能爲意思表示者。則由其母選定之。父母俱亡者。或有父母而不能爲意思表示者。由親族會選定之。

(四) 尊屬推定家督相續人

無以上數種家督相續人者。以在家最近之直系尊屬。爲推定家督相續人。夫以直系尊屬爲家督相續。頗屬異例。然近親中無相續人時。直系尊屬。再爲相續。本爲日本之慣例。置之於由家族選定家督相續人之次位。實可謂爲相當之順序也。直系尊屬之範圍。必在被相續人家者。其在直系尊屬之間者。以親等之最近者爲先。其在親等相同直系尊屬間者。以男子爲先。

(五) 由家族以外選定家督相續人

以上數種家督相續人俱無者。則由親族會於被相續人之親族。分家之戶主。或本家。分家之家族中。選定相續人。若猶無相續人者。則於他人之中。選定相續人。蓋先由被相續人之親族。及與其家有關係者。然後推及他人。雖由慣例使然。抑亦斟酌家族制度之本旨而來。其選定他人者。必得裁判所之許可。始爲適於實際之事情也。

## 二、遺產相續人之種別

### (一) 由直系卑屬推定遺產相續人

被相續人之直系卑屬。爲遺產相續人。其可爲遺產相續人者。不問其爲戶主。爲家族也。例如隱居者爲被相續人。其子爲戶主。而又爲遺產相續人。又如父爲被相續人。而非戶主。其子爲遺產相續人。是也。其親等不同。而直系卑屬有數人之時。則以親等之最近者爲先。例如被相續人有子。又有孫時。則以子爲先。又親等相同。而有數人之時。則以同順位者。爲遺產相續人。例如被相續人有子數人。則數子共同爲相續

人。此其與家督相續大爲歧異之點。蓋遺產相續。非如家督相續之僅以一人代戶主而爲戶主也。其在承祖相續。亦與家督相續相同。但遺產相續。不以一人爲限。其承祖相續。亦採共同相續之制。例如某甲死亡。於遺產相續開始之時。其三子中之長子。已先死亡。則長子之子。得與其伯叔父母。共同爲其祖父之相續人。

(二) 無直系卑屬時之推定遺產相續人

被相續人。無直系卑屬爲遺產相續人者。則以配偶者爲遺產相續人。無配偶者。則以直系尊屬爲遺產相續人。無直系尊屬者。則以戶主爲遺產相續人。直系尊屬間遺產相續之順位。其在親等相異者。則以近親爲先。其在親等相同者。則同順位者皆得相續也。其與配偶者以相續之第一順位者。蓋所以重正當之婚姻。且以法制之沿革。與夫婦財產制。有密接之關係也。其與直系尊屬以相續權。而不與兄弟姊妹以相續權者。蓋因老幼之順序。直系尊屬之遺產。異日仍爲兄弟姊妹所

得也。其無直系尊屬。直與戶主以相續權者。爲武斷主義之遺風也。

### 第三項 相續人之曠缺

相續人之曠缺者。謂相續人之有無。不分明也。詳言之。不問家督相續與遺產相續。謂於相續開始之時。及相續拋棄之時。相續人之有無不明者也。相續人之曠缺者。則以其財產爲法人。此法人至相續人分明之時。可視爲未成立者。若經三次公告之後。仍無主張相續權者。則以相續財產歸於國庫。當相續財產之初無所附屬也。因利害關係人及檢事之請求。裁判所必選任管理人。裁判所所選任之管理人。必速公告其選任。是爲第一次之公告。管理人一面探索相續人。一面管理相續財產。及爲清算之事。至相續人確實之日。相續人仍自相續開始之時。有相續人之資格。管理人至相續人出現之日。於其權限內所爲之行爲。不歸消滅。視爲相續人之法定代理人。第一次公告之後。二月以內。尙無相續人出現者。管理人對於相續之一切債權者。及受遺者。於一定之期間內。公告請求之。

申出。是爲第二次之公告。經過第二次公告之期限。管理人可爲清算配付。若此時相續人尙未分明。則裁判所因管理人或檢察之請求。探索相續人。爲第三次之公告。謂於一定之期間內。有相續人者。得主張其權利。經第三次公告後。猶無主張相續權者。則以相續財產。歸於國庫。其必至再至三。盡力探索者。一以保護相續者之權利。一以謀債權者之利益也。蓋相續財產。歸屬國庫之前。債權者得就剩餘之財產。請求償還也。無相續人之相續財產。全然爲無主物。若先占者得所有權。則社會之秩序。將有紊亂之虞。故以歸屬於國庫。爲公益上至當之處置。亦勢使然也。

#### 第四項 相續人之遺留分權

遺留分者。謂被相續人。自於其財產之一部分。不得爲無償處分也。夫所有權者。固有自由處分之權能。然遺留分之制度。則就所有權者財產之一部分。剝奪其自由處分之權能。爲重大之限制。而與相續人以特權也。故被相續人爲無償處分。如贈與、遺贈。至侵越遺留分財產之部分時。則

相續人對於受贈者及受遺者。得行滅殺權。取還其相當財產之部分也。雖然。遺留分之制度。又非對於被相續人。剝奪其爲有償處分財產之權能也。是以受遺者受贈者以外之人。對於被相續人而爲債權者時。決不因遺留分之制度而受損害。而相續人對於受遺者受贈者以外之債權者。尙必以遺留分任償還之責也。相續人之有此特權者。必須確定之相續人。若相續權之拋棄者。相續之缺格者。被廢除者。皆不能有遺留分之權利也。何也。遺留分之制度。以保護現爲相續者爲目的也。現爲法定推定相續人之直系卑屬。無論家督相續與遺產相續。得受被相續人財產之半額。以爲遺留分。其他家督相續人遺產相續人之配偶者。以及直系尊屬。得受被相續人財產三分之一。以爲遺留分也。家督相續人僅限一人。故一人之家督相續人。所有遺留分之權利。宜受被相續人財產之半額。若遺產相續人。非必限以一人。故可以數人同時受相續人財產之半額。於是因相續人之多寡。而於財產半額之範圍內有增減也。例如遺產

相續人直系卑屬爲一人時。則此一人即受財產之半額。若爲三人。則各受半額中三分之一。又若遺留分權利者有數人。其一人先死亡而無子孫時。則此人爲拋棄相續。其所餘之財產。即增加於他遺產相續人之遺留分中。所有遺留分之總額。仍爲被相續人財產之半額也。但戶主爲遺產相續人者。既因爲家督相續人而受遺留分。不得因爲遺產相續人。再受其遺留分。

遺留分之部分。其被相續人。既不得無償而爲其處分矣。故被相續人。生前未爲無償處分者。則遺產之分配甚易。若被相續人生前曾爲無償處分者。則必視其處分之部分。有害遺留分與否。若有害於遺留分。則必俟相續人行其滅殺權以定之。定之之時。若僅知其無償處分之總額。與遺留分之比例。猶不足以爲分配之標準。又必知遺產總額究爲若干。例如相續開始之時。被相續人現剩財產之價格。爲四萬圓。其生前贈與之價格。爲八萬圓。所負債務之總額。爲二萬圓。則由十二萬圓扣除二萬圓。實

剩十萬圓。此十萬圓。即遺產總額也。由此總額以算定遺留分。若被相續人之直系卑屬一人受遺留分者。即受十萬圓二分之一。(五萬圓)據減殺權。對於贈與之八萬圓。宜減殺三萬圓也。

#### 第四款 相續權之承認及拋棄

相續權之承認者。謂相續開始。有法定資格順位之相續人。確認相續權。而爲單獨之意思表示也。相續權之拋棄者。謂相續開始。相續人否認相續權。而爲單獨之意思表示也。蓋相續權之取得。無論何人。不能因法律而爲強制。必視相續人之意思如何。或爲承認。或爲拋棄。一任相續人之選擇。其不承認者。即爲拋棄。其不拋棄者。即爲承認也。承認又分爲二。一曰單純承認。謂以無限責任。確認相續權。而爲單獨之意思表示也。一曰限定承認。謂僅以相續所取得財產之限度。支辦被相續人之債務及遺贈。而爲單獨之意思表示也。易言之。不以自己固有之財產。而負償還被相續人債務之責者也。拋棄者。謂被相續人之權利義務。一切不承繼。而

爲單獨之意思表示也。然相續人非因相續權之承認。而始有相續人之資格。不過因其承認。而相續人之資格確定耳。是以相續權之承認。非相續權取得之停止條件。其表示意思。雖有一定之期間。亦爲恩惠的猶豫期間。相續人在承認以前。已當然而爲承繼人也。相續權之拋棄。爲相續人之名義解除。非相續權取得之解除條件也。又如拋棄已承認之相續目的物。爲普通之棄權。非相續權之拋棄也。

有相續權者。自知爲相續開始之時。由此時計算。經三月以內。爲法定期間。若相續人爲無能力者。則法定代理人。知無能力者爲相續開始之時。由此時計算。亦以三月爲法定期間。承認及拋棄。皆於此法定之期間爲之。此種期間。得請求裁判所延長。是曰裁判延長期間。又相續人於承認拋棄前死亡。則死亡者之相續人。得爲前相續權之承認及拋棄。又或拋棄前相續權。而承認後相續權。亦無不可也。此種相續。爲前後二者之相續。與承祖相續之爲單一相續者各殊也。故其相續權之承認及拋棄。二

者得分別行之。相續之期間。亦得分別計算之。前相續與後相續。具有可分的性質。且不必爲同種之相續。或前者爲遺產相續。後者爲家督相續。亦無不可也。故凡前相續之相續人。不爲承認拋棄而死亡者。後之相續即可開始。學者所謂再轉相續。即指此而言也。

欲爲限定承認者。於法定之期間。或於裁判延長期間內。調製財產目錄。提出於裁判所。申述爲限定承認之意思。其爲單純承認者。無須特別之方式。限定承認所以必需特別方式者。無他。單純承認。爲相續之原則。限定承認。屬於例外。故不能不表示其意思。其不履行特別方式者。視爲單純承認也。履行方式之後。相續人之權利。與爲單純承認之相續人無異。惟義務之負擔。有限定耳。義務之負擔。有限定。則相續財產。與相續人固有之財產。可不至混同。否則以己之財產。充債務之償還。將有不勝其煩者耳。拋棄亦與限定承認同。必須明示。蓋取得權利之意思。可推測而得。拋棄權利之意思。不可由推測而得也。是以欲爲拋棄者。必申告於裁判

所也。無論家督相續與遺產相續。拋棄之效力。溯相續開始之時而生。拋棄相續權者。與初未爲相續人者相等也。若遺產相續人有數人。其中一人爲拋棄。則其相續分。歸屬於他相續人之相續分也。

### 第五款 相續權之效力

#### 第一項 相續權普通效力

相續權之效力者。謂據法定之原因。於相續之開始。被相續人之權利義務。總括移轉於相續人也。家督相續人。自相續開始之時。承繼前戶主所有之權利義務。遺產相續人。自相續開始之時。承繼屬於被相續人財產之一切權利義務。無論相續人承認相續權與否。無論其自知相續開始與否。而相續開始時。對於相續人者如下。(一)屬於被相續人之權利義務。可以相續者。俱轉屬於相續人。(二)被相續人所爲法律行爲。與相續人自爲法律行爲。同羈束相續人。(三)被相續人之財產。與相續人之財產。綜合而爲一體。存於被相續人與相續人間之債權物權。因相續財產

之取得。而生消滅之效力。相續人全然立於代表被相續人之地位也。雖然。相續財產。與相續人之財產。二者本爲獨立。相續財產。移轉於相續人之後。然爲保護相續人。相續債權者。受遺者。相續人之債權者。仍爲分別處置。例如相續人爲限定承認。又如相續債權者。受遺者。相續人之債權者。爲財產別除之請求是也。是以相續財產。法律上移轉於相續人。與相續人之財產。綜合爲一者。在相續財產。清算既終之後爲然耳。蓋因相續而爲權利義務之移轉。與普通法律行爲之移轉大異。受移轉之相續人。立於代表被相續人之地位。故爲相續人者。有重大利害之關係。而相續權者。受遺者。相續人之債權者。皆同受其影響也。是以法律一面保護相續人。使得承認拋棄相續權。且許其以相續所取得財產之限度。承認償還被相續人之債務及遺贈。一面保護相續債權者。受遺者。及相續人之債權者。與以財產別除權。不使因相續之故。而受不測之損害也。

## 第二項 家督相續權之特別效力

家督相續者。謂承繼前戶主所有之權利義務也。被相續人。不得留保其財產。雖然。因戶主死亡而爲家督相續者。固宜據此通則。若因隱居及入夫婚姻而爲家督相續者。則隱居者及爲入夫婚姻之女戶主。尙必留保財產之若干。以供己之消費。故不能適用此通則。然前戶主之留保財產。若不置確證。任意處置。則徒啓紛爭。而第三者往往受其詐欺而不覺。是以前戶主之欲留保財產。必須公正證書。及確定日附證書也。但屬於家督相續人之遺留分。因公益及特別制度者。前戶主不得爲過分之留保。有害於相續人之遺留分也。此種特別效力之結果。前戶主之債權者。對於前戶主。仍得爲償還之請求也。

國籍之喪失。不問其屬於本人之意思與否。而本人之不欲拋棄屬於己身諸種之私權。而欲保有之者。爲人之常情。若因國籍喪失而發生家督相續者。徒據通則。將前戶主所有之權利義務。皆歸屬於相續人。不特有害國籍喪失者之利益。且與認許外國人享有私權之本旨相背馳。是以

國籍喪失者之家督相續人。屬於戶主權及家督相續特種之權利。即系譜、祭具、墳墓、所有權許相續者承繼。此外之權利。尙得使本人保有之也。又國籍喪失者。前戶主之全財產。非當然移轉於相續人。因法律之特別規定。或因前戶主之任意指定。爲限定移轉於相續人也。又前戶主之債權者。對於相續人。若請求總債權之償還。則相續者將不勝其苦。是以前戶主之債權者。對於家督相續人讓受財產之限度。得爲償還之請求。此外則對於國籍喪失者。爲償還之請求也。

### 第三項 遺產相續權之特別效力

遺產相續人。若爲一人。則相續財產之所有權歸諸一人。與家督相續相同。其關係極爲簡單。無俟解釋。若遺產相續爲數人。則相續人對於相續財產相互之關係。有不得不論之者。蓋相續人有數人。則相續財產。屬於數人之共有。共同相續人。無分割權利之目的物者。惟分割其權利行使之範圍而已。故相續人中之一人拋棄權利。則其相當之部分。加入於他

相續人之持分也。又如遺產相續人。於共有相續財產中。售賣某種不動產。其買主不能爲此不動產之完全所有者。惟取得遺產相續人相當相續分之共有權耳。然此共有權。因遺產之分割而全消滅。其分割之效力。溯相續開始之時而生。即共有關係發生之時。故如前例。其不動產爲一人所有者。則買主確定取得所有權。若爲共同相續人所有者。則否也。法律定共同相續人之相續分。必斟酌被相續人與相續人之情誼。使權衡得中。不失公平。若同順位之相續人有數人。此數人對於被相續人之情誼。自無差等。故以平分主義。使同順位之共同相續人。相續分各取平均。最爲公平之標準也。若直系卑屬有數人時。庶子私生子之相續分。使與嫡出子之相續分相等。似非所以尊嫡出。而保護庶子私生子之利益。亦不免失之過重。是以嫡出子之外。有庶子私生子者。庶子私生子之相續分。爲嫡出子相續分之二分之一。例如被相續人死亡。有嫡出子十人。其相續財產爲十萬圓。則相續人各有十分之一之相續分。各受萬圓。若實

子中有四人爲庶子爲私生子者。則嫡出子六人。各得相續財產八分之一。即各得一萬二千五百圓。庶子私生子四人。各得嫡出子之半額。受相當相續財產十六分之一。即六千二百五十圓。又如承祖相續直系卑屬爲一人時。則此一人承繼直系尊屬之相續分。若直系卑屬有數人時。則數人共同承繼直系尊屬之相續分。如前例。各嫡出子之相續分爲一萬二千五百圓。各私生子之相續分爲六千二百五十圓。若嫡出子之一人於相續開始前死亡。而有子二人。則此二子之相續分亦爲平均。各得六千二百五十圓。若此二子一爲嫡出子。一爲私生子。則嫡出子之相續分爲八千三百三十餘圓。私生子之相續分爲四千六百六十餘圓。二分之一。又若私生子之一人。於相續開始前死亡。而有子二人。皆爲嫡出。則平均而爲承祖相續。若一爲嫡出子。一爲私生子。則相續分之六千二百五十圓。嫡出子應得四千六百六十餘圓。私生子應得二千八十餘圓。半額。由是以下之卑屬爲承祖相續者。皆準此類推也。然法律之豫定相續分者。非

羈束被相續人財產處分之自由。而對於各相續人妨被相續人愛情之關係也。抑亦善體被相續人之意思。而斟酌普通之人情也。是以被相續人得以遺言任意定共同相續人之相續分。且得委託於第三者而定之也。

被相續人。有於共同相續人中爲遺贈者。有特與財產使爲生計資本者。相續人既受被相續人之遺贈。贈與。若更就遺產之分配。與他之共同相續人。受同等之法定相續分。既失分配之公平。且背被相續人之本意。是以於共同相續人之相續分。控除遺贈。贈與之價額。以期分配之均平。當相續開始之時。被相續人所有財產之價額。加入生存中贈與之價額。二者合算。爲相續財產。其分配共同相續人之相續分也。受贈者則由普通相續分中。控除既受贈與之價額。受遺者則控除遺贈之價額。各以其殘額爲相續分。例如被相續人有二男一女。女子於婚姻之際。受萬圓之贈與。次男受萬圓之遺贈。若被相續人死亡。遺產相續開始之時。被相續人

財產之價額。爲八萬圓。當算定各子之相續分。則加入女子贈與價額萬圓。合爲九萬圓。以之爲相續財產。依諸子均分法。三分之。各得三萬圓。女子既受贈與萬圓。則以殘額二萬圓爲相續分。次男有萬圓遺贈之利益。亦以殘額二萬圓爲相續分。長男則得相當相續分之三萬圓也。若遺贈贈與之價額。等於相當相續分之價額。或超過相當相續分之價額。則不許受領相續分。其超過相續分價額者。亦無須返還也。

#### 第六款 債權者之財產別除權(相續財產之分離)

相續權之效力。無論其爲家督相續與遺產相續。凡相續財產。與相續人固有之財產相混合。被相續人負擔之債務。相續人皆任其責。是以法律保護相續人權利之危害。且緩其無限之責任。許相續人爲限定承認也。至若相續權之單純承認者。則相續債權者(被相續人之債權者)及受遺者之權利。皆有不測之虞。何也。相續權之單純承認者。相續財產。與相續人固有之財產相混合。相續債權者。及受遺者。皆爲相續人之債權者。與

相續人固有之債權者相等。若被相續人有償還之資力。相續人無償還之資力。則相續人固有之債權者。因之而獲利益。相續債權者。及受遺者。因之而受損害也。例如被相續人之財產爲五萬圓。債務亦爲五萬圓。相續人爲無資力者。而又有固有之債務五萬圓。此時相續財產與固有財產混合。相續財產之五萬圓。分配於相續債權者。受遺者。相續人固有之債權者。而相續債權者。受遺者。不幸而損失半額。相續人固有之債權者。意外而獲二萬五千圓之償還也。又若被相續人爲無資力者。相續人爲有資力者。則相續人固有之債權者受損失。而相續債權者。受遺者。反得若干之償還也。是以法律以保護相續債權者。受遺者。相續人固有之債權者。爲目的。而特設債權者財產別除權之制度。使相續財產。與固有財產。不相混同。權利者各從其優先權而受償還也。財產別除權之制度。與限定承認之制度。其目的相同。在妨單純承認之弊。其所異者。一在保護相續人。一在保護相續債權者。受遺者。相續人固有之債權者也。是以此

等權利者。得因裁判上之請求。對於相續人。於一定之時期內。各自行使其權利也。

### 第七款 遺言

遺言者。謂死亡者豫於生存時。關於某事項及財產之處分。使於死後生效力爲目的也。遺言與相續之關係最多。且必爲要式行爲。要式行爲之性質。必本人自爲。不許代理。雖未成年者。亦不須能力補充之方法。故滿十五歲以上。別無無能力之原因。即爲遺言行爲之能力者。但其不爲無能力者。僅在爲遺言之時。爲遺言之後。至效力發生之時。雖爲無能力者。亦無損遺言之效力。若年在十五歲以下者。則全然不能有行爲能力。遺言之必爲要式行爲者。證明遺言者意思表示之確實。豫防錯誤詐欺之弊。蓋以其效力發生於死後。無得而改正之者。故不從法定之方式。不生遺言之效力也。遺言之方式有二。一曰普通方式。普通方式有三。有因自筆證書者。有因公正證書者。有因秘密證書者。二曰特別方式。限於特別

事宜用之者。

遺言之效力。溯遺言者死亡之時而生。其爲遺言者。有指定相續人者。有指定後見人及後見監督人者。有表示欲爲養子之意思者。有定遺產相續分及遺產分配法者。其最重要者。在因遺言處分財產之全部或一部也。凡被相續人。於不害遺留分之範圍內。有處分財產之自由。其因遺言而與財產之全部或一部於他人者。曰遺贈。受之者曰受遺者。受遺者有爲相續人者。有不爲相續人者。遺贈又分爲二。有包括名義。有特定名義。包括名義。則遺贈者之權利義務。受遺者總括承繼。其效果與遺產相續無異。特定名義。則受遺者僅承繼遺贈者之權利。而不負義務。凡爲遺贈者。皆由相續人於相續財產中。給付受遺者。故自受遺者而言。爲財產取得之一方法也。遺贈之爲有期者。非至期不能執行。例如遺言書。遺言者謂贈與某家屋與某。但此遺贈。必於死亡後一年執行。則非閱一年後。受遺者不得請求家屋之交付也。又若遺贈爲停止條件附時。例如遺言書。

遺言者謂某若爲婚姻。則以某家屋爲遺贈。受遺者以婚姻爲遺贈之條件。其條件之未成就時。則目的物之財產。不能移轉於受遺者也。又若遺贈爲解除條件附時。例如遺言者。謂遺贈某家屋與某。若某於遺言者死亡一年後。不爲婚姻。則此遺贈解除。此種遺贈。受遺者即生財產移轉之效。若遺言者死亡一年後。受遺者尙未爲婚姻。則其遺贈解除。受遺者必返還遺贈物(家屋)於相續人也。

遺言執行之機關。爲遺言執行者。遺言執行者。視爲相續人之代理人。蓋以其執行。屬於相續人之權利也。特遺言執行者。非因相續人之意思而爲代理人。實爲相續人之法定代理人。其與普通代理人異者。其遺言者死亡之後。任務開始。其承諾不限於合意。性質雖與普通委任不同。普通委任規則。則多可適用也。遺言執行者。於必須限度內。有管理遺產。及遺言執行上一切之權利義務。且得售賣遺產。及他處分行爲也。

遺言者。無論何時。得從遺言之方式。取消遺言之全部或一部。今分論之。

如下。(一)遺言取消之行為。必從遺言之方式。其必從遺言之方式者。因遺言行為爲要式行為。故遺言取消之行為。亦必與遺言之存立。用同一之方式。否認其存立也。(二)無論何時。得爲遺言之取消者。必限遺言者自爲之。即遺言取消之權利者。爲遺言者也。遺言取消之時期。在遺言存立後。遺言者之生存中。無論何時。皆可爲之。惟其關於公益者。不得豫爲拋棄也。遺言取消之結果。其遺言即歸消滅。與初未成立者相同。其取消之目的。或爲遺言之全部。或爲一部。可得而分析之。前後遺言之相背馳者。前之遺言。視爲默暗取消也。

## 第二章 物權

### 第一節 物權之性質

#### 第一款 物權之觀念

物權爲財產權之一種。有直接支配物之權利。是故物權云者。權利者直接使物服從己之意思。而法律保護其利益之謂也。若債權則不然。債權

者必俟債務者之行爲。始有支配其物之權利。例如賃借權。借主必俟貸主之力。而後能使用收益其物。獨至物權。可以積極之力。直接支配之。而爲權利之實行。以與世相對抗。申言之。權利者於物上所有之利益。無論對於何人。皆可得而主張之。故謂爲絕對權。又曰對世權。其所以與債權異者。以債權惟對於特定人始得主張之也。物權既爲權利。凡對於權利者。皆有義務。是以權利者行使權利之時。權利者以外之人。皆負有消極的義務。不能妨礙其行使者也。要之物權者。雖以權利者。義務者。物三者爲要素。而權利者與所受支配之物。皆爲特定者。義務者常爲不特定者也。

## 第二款 物權之效力

物權之權利者。既有直接支配物之權利。故當其行使權利。得直接而爲積極作用。無俟義務者之行爲。因之（一）物權有追及權。其目的物不問歸於何人。存於何處。可就其物之所在。而追及之。而回復之。以實行其權。

利。例如債務者。以所設定抵當權之財產。讓渡於第三者。而抵當權者。對於財產之讓渡人。可實行己之權利是也。(二)物權有優先權。就同一之物而論。最初發生之物權。對於發生於後者。有優先之權利。故後之取得權利者。當其行使權利時。必慮及前之權利者。例如第二抵當權者。必俟第一抵當權者。行使權利後。或於第一抵當權者之權利範圍內。無所妨害。始得實行其權利。較之數債權者。對於同一之債務者。不問其發生之期如何。皆為平等分配。而實行權利者。大相逕庭也。

### 第三款 物權之創設

物權之創設。必俟法律。何則。物權者。效力最強大之權也。若當事者得以任意創設之。必致權利紛擾。害及公益。故近世諸國法律。除法律所認定外。不得由當事者創設。日本法制亦然。至若債權。無論其內容如何。苟為可能。適法。皆可任意發生。故債權之種類無限。而物權之種類有限也。日本法制所規定者。曰占有權。所有權。地上權。永小作權。地役權。留置權。先

取特權質權抵當權、永代借地權是也。永代借地權爲特別法所認定。其他九種皆爲民法所規定。占有權以下四種及永代借地權曰主物權。其他皆爲從物權。蓋由獨立存在與附隨他種權利而存在。所生之區別也。永代借地權者。乃認許居留地外國人之土地所有權。爲一種類似之物權。日本國法不認外人之土地所有權。其設此種物權者。誠有所不得已也。故其效力。有時較所有權爲狹。有時較所有權爲廣。茲不具論。

物權固爲法律設定。而其因特定事宜設定移轉者。必俟當事者之意思表示。例如因設定行爲。而爲地役權之設定。因買賣契約。而爲土地所有權之移轉是也。雖然。若欲對抗第三者。必須一定之條件。否則第三者往往受不測之害。而交易之安全。終不可得。申言之。若物權爲不動產。其得喪變更。必從登記法。否則不得對抗第三者。若物權爲動產。其讓渡時。必交付動產。否則亦不得對抗第三者也。

#### 第四款 物權之消滅

物權之消滅。適用普通權利消滅之法理。以各種法律事實及法律行爲爲原因。此等原因亦因物權之種類而殊。如占有權。因意思之拋棄。或所持之喪失。而消滅。地上權。因拋棄。或存續期間之經過。而消滅者是也。各種物權消滅之原因。不遑枚舉。茲僅就混同而論之。混同者。爲債權消滅之一原因。亦爲物權消滅之一原因。即同一之物。所有權與他物權。同歸於一人時。因混同而他物權消滅。所有權獨存。例如所有者因相續。於同一土地而取得永小作權是也。又所有權以外之物權。與以爲目的之他權利。同歸於一人時。因混同而後者消滅。前者獨存。例如甲之永小作權。爲乙之抵當權之目的物。乙買收永小作權。而抵當權消滅是也。獨至占有權。其性質決不因混同消滅。

## 第二節 占有權

### 第一款 占有權之觀念

占有權者。謂以爲己之意思。而有所持物之權利也。凡占有者。以體素心

素二者爲要素。體素者。謂人所持之物。有排斥他人干涉之實力也。心素者。謂爲己之利益。而有所持之意思也。具此二者。是爲占有。若僅爲事實上之所持。不得名之曰占有。例如小兒之撫摩玩具。雖爲所持。非占有也。又僅有爲己之意思者。亦非占有。占有權與本權迥別。不可混同。本權者。得以爲占有之權利也。申言之。本權即占有權之原因也。所有權無論矣。他如地上權、永小作權、留置權、質權、使用借權、賃借權等。有本權者。往往同時有占有權。雖然。無本權者。亦有時有占有權。如竊盜之占有物是也。占有權既可與本權獨立。則占有之訴。與本權之訴。皆互不相妨。凡關於本權之理由。不得以占有之訴。而爲裁判也。

占有之種類不一。以事實上之占有言。曰事實占有。又曰自然占有。以狹義之占有言。曰法律占有。又曰法定占有。茲所謂占有者。指狹義之占有而言。惟狹義之占有有中。占有者以所有之意思占有。曰自主占有。如所有者。買主、盜竊之占有是也。若占有者僅有爲己之意思。而無所有占有物

之意思。曰容假占有。如地上權者、永小作權者、賃借權者、之占有是也。又占有者因適法取得占有權者。曰善意占有。如買主之占有是也。否則爲惡意占有。如竊盜之占有是也。又善意之占有中。占有者不知己之取得占有。於權原有瑕疵者。曰過失占有。否則爲無過失占有。以暴行強迫取得其占有。保持其占有者。曰強暴占有。否則爲平穩占有。又如隱匿外形。不使人知者。曰隱秘占有。否則爲公然占有。所謂爲瑕疵占有者。乃合強暴占有及隱秘占有兼而有之之謂也。無瑕疵占有者。亦即爲平穩占有及公然占有之總稱也。

## 第二款 占有權之得喪

占有權。因具備爲己之意思。與物之所持。二要素而取得。其因代理人取得者。曰代理占有。夫占有權固本諸事實。而亦可爲讓渡。惟其讓渡。必爲占有物之交付。是爲普通物權讓渡原則之例外。讓受占有權者。或其代理人。若已持有占有物。而當事者僅表示其意思。即可讓渡占有權。是曰

簡易之交付。他如占有者。爲占有權讓受人之代理人。以本人即爲讓受人。無須占有物之交付。又如因代理人。而爲占有者。若本人對於代理人。命其轉爲第三者占有。亦無庸占有物之交付。此皆以當事者之意思表示。即可爲占有之讓渡。所謂占有之改定者是也。又占有有時變其性質者。如容假之占有。變爲自主之占有是。其占有者。宜對於使已占有者。表示所有之意思。且因新權原。而更以所有之意思始得占有也。

占有權消滅之理由。因本人占有與代理占有而殊。占有權爲本人占有者。占有者拋棄占有之意思。或失却占有之物體。占有權即消滅。代理占有者。本人使代理人拋棄占有之意思。或代理人對於本人表示自己占有。及爲第三者占有之意思。又或失所持占有物。而占有權亦爲之消滅也。

### 第三款 占有權之效力

占有權之效力。列舉如下。(一)占有者於占有物之上。行使權利。可爲適

法之推定。即占有者之於占有物。得推定爲適法之權利者。例如於占有物之上。行使所有權。即推定爲所有權者。行使永小作權。即推定爲永小作權者。其爭占有權之權利者。有舉反證之責。又占有者以所有之意思。得受爲善意、平穩、公然、占有之推定。(一)善意之占有者。可取得由占有物所生之果實。若爲惡意爲強暴爲隱秘而占有者。則宜返還現存之果實。其已經消費及怠於收取者。更宜償還其代價也。(二)占有物因占有者之過失。而滅失毀損者。若爲善意之占有者。僅於現受利益之限度。而爲損害之賠償。若爲惡意之占有者。則宜賠償其損害之全部也。(三)占有動產者。占有者以所有之意思。具備平穩、公然、善意、無過失之條件。始得於動產之上。行使權利。法國法系之立法例。名之曰即時時效。若不動產。必經一定期間。日本國法。規定以十年之占有。爲取得時效。而取得其所有權也。(四)占有者當返還占有物於本權權利者時。凡對於占有物支出之費用。有受償還之權。如保存費、必要費。則由回復者償還其全部。

改良費、有益費、則從回復者之撰擇、使償還支出費、增加費也。(六)占有者得提起占有之訴。如現在之被妨害者、則提起占有保持之訴、以求妨害之停止、損害之賠償。如將來有被害之虞者、則提起占有保全之訴、以求妨害之豫防。賠償損害之擔保、如已被侵奪者、則可提起占有回復之訴、以求返還及賠償損害、惟是占有之訴、其性質簡易而迅速、其手續亦爲單純云。

### 第三節 所有權

所有權。爲物權中之最普通完備者。有完全支配其物之權利。試就使用收益處分諸作用論之。使用者、從物之用法、以供自己之用之謂。例如住居家屋、著用衣履、是也。收益者、收取由物所生之果實之謂。不問其爲天然果實與法定果實。例如由田野之收穫穀類、由貸家之受取租金是也。至若處分、可別爲事實上之處分、與法律上之處分。事實上之處分、即消費破壞變更物之實質是。法律上之處分、即以物讓渡他人、或爲他人於

物之上設定物權是。所有權之作用。最爲廣汎。如使所有者占有所有物。或使物之性質自由變更。如開拓荒蕪地而爲耕作地之類。皆爲所有權之作用也。要之所有權者。有完全支配其物之權利。故其作用。亦極廣汎也。

所有權。亦有因法令及當事者之意思。而受限制者。如土地所有權。因土地收用法。宜服從國家之公用徵收。因民法之規定。土地所有者。宜於一定之範圍。許隣地所有者通用。例如袋地之通行權。隣地之流水權。皆受法令之限制者也。又如因當事者之合意。設定地上權。永小作權。地役權。質權。抵當權。皆因當事者之意思。而受限制者也。地上權以下限制所有權之物權。曰他物權。蓋以物權收存於他人所有物上之義也。所有權之固有取得方法。曰先占。曰遺失物之拾得。曰埋藏物之發見。曰添附。先占者。最先占有無主物之謂。如捕獲山林之鳥獸。河海之魚貝。及拾取遺棄物之類是也。無主之動產。無論何人。皆可以所有之意思。最先占有。而取

債務爲千圓。保證債務不得爲千二百圓也。債務者爲條件附。保證債務不得爲無條件。保證債務爲從性質。必主債務者不爲履行之時。保證人始任履行之責。債權者對於保證人。求債務之履行。保證人可使債權者。先對於主債務者。爲履行之催告。債權者催告主債務者之後。保證人證明主債務者有償還之資力。則債權者對於主債務者之財產。得爲執行。是爲保證人檢索之利益。Beneficium excussionis 又保證人有數人時。保證債務。分配於數人。各保證人不爲特別意思表示者。皆以平等分配。負擔債務。是爲保證人分別之利益。beneficium divisionis 雖然。有時保證人與主債務者。連帶負擔責任。是曰連帶保證人。此種保證人。雖一面爲保證人。然對於債權者之責任。與連帶債務者相同。故不得享有檢索之利益。且不得有分別之利益。而債權者且得先對於連帶保證人。執行催告也。

## 第二欸 債權之目的

債權之目的者。謂債權者要求債務者。爲特定之作爲。或不作爲。即使債務者爲某事。或不爲某事也。債權之目的。在作爲者。曰。給付。其目的在物者。則其物爲債權之目的物。關於債權之目的。如左。

一、債權之目的。必爲適法之事。且爲可能之事。

事實上與法律上。皆爲不可能者。債權者不得要求債務者爲之。例如要求昇天。要求殺人。誰得而負此債務乎。

二、債權之目的。以金錢計算與否。立法例之主義各殊。

債權之多數。皆以金錢計算。然因世運之進步。當事者雖不以金錢計算。法律亦以之爲債權而保護之。日本民法債權之目的。不必概以金錢計算。故有非財產權之債權。

三、債權之目的。在特定物之交付。債務者於交付前。必爲善良管理之注意。

善良管理者之注意。羅馬法所謂良家父之注意。非以債務者之智力

爲標準。以常人之智力爲標準。不爲尋常之注意者。必任過失之責。所謂抽象的輕過失是也。

四、指示債權之目的物。僅有種類。而不能定其品質者。債務者以中等品質之物給付。

例如米百斛之買賣契約。未明定上中下三等之品質者。賣主必以中米交付是也。

五、債權之目的物爲金錢時。債務者從其選擇。得以各種通貨償還。

債權之目的物爲金錢。最爲普通所通用。債務者以各種通貨償還。屬其自由。惟補助貨有一定之限制。債務者欲爲若干額以上之交付。債權者得拒而不受。例如日本之補助貨。銀貨以十圓爲限。銅貨以一圓爲限。債務者不問債權者有異議與否。得於限制內給付。又金錢債務。多有利子。有因當事者之意思者。有法律規定當然附以利息者。其利率有當事者特別定之者。有從法定利率者（日本法定利率年利五分）

利子之延滯者。債權者於一定條件之下。加入於元本中。所謂重利是也。

#### 六、債權之目的。必為特定者。

有時以數種給付。而選擇其一者。例如甲者以書籍、文具、贈與乙者。任乙者選擇其一是也。以數種給付為債權之目的者。有給付數種者。有選擇其一而給付者。其選擇給付者。曰選擇債務。多由債務者選擇之。其與選擇債務似是而非者。為任意債務。任意債務。其債權之目的。雖已確定。然得因債務者之任意。代以他物。例如甲者約定贈與文具於乙者。而以書籍代之是也。又選擇債務。債權之目的。其中有自始為不能者。有至後為不能者。而債務者必以殘存者給付。任意債務則不然。此二者性質相異之點也。

### 第三節 債權之原因

#### 第一款 契約

## 第一項 契約之觀念

債權之發生。必有一定之原因。其原因多因立法例而殊。日本視爲債權發生原因者。爲契約（雙方行爲）單獨行爲。事務管理。不當利得。不法行爲。法律規定。六者。就中吾人日常所通用者。以契約爲最著。契約云者。二人以上。爲使生法律上之效果。合意所爲之意思表示也。易言之。即使債權債務發生之合意也。在物權創設移轉之契約。必一度生債權債務之關係。

## 第二項 契約之類別

由各種方面觀察契約。得類別之如下。（一）當事者雙方因契約而得有形之利益者。曰有償契約。例如買賣交換是也。僅當事者之一方得利益者。曰無償契約。例如贈與是也。（二）當事者雙方負擔債務。曰雙務契約。例如買賣借貸是也。僅一方負擔債務者。曰片務契約。例如贈與使用借貸是也。（三）因當事者之合意成立且生效力者。曰諾成契約。例如買

賣、質、貸、借、組合是也。當事者之合意外，非有目的物之交付，不能成立者，曰要物契約。例如消費貸借，使用貸借是也。（四）契約之成立，必須一定之方式者，曰要式契約。例如書面之作成是也。其不須一定之方式者，曰不要式契約。曩時要式契約之範圍頗廣，近世立法之趨勢，以事之迅速敏捷爲宗，故要式契約，多歸消滅。（五）法律上有一定名稱之契約，曰有名契約。無一定名稱之契約，曰無名契約。如買賣、交換、貸借、組合、僱傭、請負、運送、保險等類，規定於民法商法中者，皆爲有名契約。此外皆爲無名契約。日本民法認爲有名契約者，其種類如左。

### 一、贈與

贈與者，謂當事者之一方，以己之財產，無償而贈與於相手方之契約也。無償贈與者，不受報償之謂。指自身不受有形之利益，獨利相手方而言。其爲贈與者，必須相手方之承諾，不得強爲贈與。故贈與亦爲契約。而爲雙方行爲之一種也。

## 二、買賣

買賣者。謂當事者之一方。以某財產權移轉於相手方。相手方對之而給付代價。爲有償之雙方契約也。其爲目的之財產權。無論其爲物權。爲債權。爲專用權。相手方必以金錢給付。其不給付金錢者爲交換。非買賣也。買賣契約。亦有不以物品授受。因合意而有效成立者。且亦有無授受之物者。例如債權之賣買是也。是故買賣又爲諾成契約。

## 三、交換

交換者。謂當事者雙方。以金錢以外之財產權。互相移轉之契約也。此所謂交換者。謂貨物與貨物之交換。若貨物與金錢之交換。爲買賣而非契約也。又所謂交換者。非盡爲有體物之交換。凡金錢以外財產權之交換。皆交換也。

## 四、消費貸借

消費貸借者。當事者之一方。由相手方受取金錢及他物品。且約後日

以同種同等同量之物返還之契約也。世俗所謂借金貸金者。自法律上觀之。則爲消費貸借之契約。又金錢以外之物。亦得爲消費貸借之目的物。例如向隣家借斗粟尺布。亦消費貸借也。要之消費貸借者。爲片務之要物契約。其付給利息者曰有償。不付給利息者曰無償。

#### 五、使用貸借

使用貸借者。當事者之一方。由相手方受取某物。無償而使用收益之後。約返還原物於相手方之契約也。例如吾輩向友人借書一冊。借筆一管。皆爲使用貸借。借者對於借品。僅得使用收益。而不得消費之。使用收益之後。必返還借品。故消費物不得爲使用貸借之目的物。此其與消費貸借之所以異也。要之使用貸借者。爲無償且爲片務之要物契約。其有償者。爲質貸借也。

#### 六、質貸借

質貸借者。當事者之一方。使相手方爲某物之使用收益。相手方對之

給付賃金也。例如借家、借地、借物品是也。借主僅得使用收益其物。不得爲消費處分。故賃貸借之目的。限於不消費物。與使用貸借同。要之賃貸借者。爲有償且爲雙務之諾成契約。此其與前二者所以相異之點也。

### 七、雇傭

雇傭者。當事者之一方。對於相手方服勞務。相手方與以報酬之契約也。例如主人傭雇僕婢園丁馬夫。以及因家庭教授聘請外國語教師。皆雇傭契約也。要之雇傭契約者。爲有償且爲雙務之諾成契約也。

### 八、請負

請負者。當事者之一方。爲相手方辦理某事。相手方對於辦理事件之結果。給付報酬之契約也。例如使木工建築家屋。使瓦工修葺牆垣。皆爲請負之契約。以勞務之結果爲目的。非以勞務爲目的。此其與雇傭相似而實異也。要之請負者。亦爲有償雙務之諾成契約也。

## 九委任

委任者當事者之一方委託相手方爲法律行爲。相手方承諾之契約也。其一方曰委任者。相手方曰受任者。受任者爲本人委任者之代理人。代本人爲法律行爲。其委託法律行爲以外之事務者曰準委任。委任有有償雙務契約。有無償片務契約。

## 十寄託

寄託者當事者之一方爲相手方保管某物之契約也。例如寄託金錢書籍是也。受託者僅保管其物。不得以使用收益消費爲目的。然因當事者之特約。受託者得消費寄託物。例如銀行存款是也。

## 十一組合契約

組合契約者二人以上之當事者互投資本經營共同事業之契約也。(匿名組合契約亦其一種)各當事者集合資本。有以金錢及其他財產者。有以勞務者。曰共同事業者。兼公益事業與營利事業而言。組合非

法人。僅有契約關係。故組合之權利義務主體。在組合員各人。組合之財產。爲組合員之共有。組合之債務。爲各員之債務也。

### 十二、終身定期金契約

終身定期金契約者。當事者之一方。約定於本身、相手方、或第三者死亡之前。給付金錢及他物品於相手方及第三者之契約也。例如甲者約定至乙者死亡之日爲止。每年給付乙者金千圓是也。債務者於本身、相手方、第三者之死亡以前。必履行債務。故曰終身定期金。

### 十三、和解決約

和解決約者。當事者之間。有爭論之時。相約互爲讓步之契約也。和解決約成立之後。則權利確定。當事者他日不得再起爭端也。

受商法支配之契約。曰商事契約。關於商事之法律行爲。曰商行爲。其行爲本體之性質爲商行爲者。曰絕對的商行爲。其爲營業之商行爲者。曰相對的商行爲。前者雖非商人而爲之。亦不失爲商行爲。例如手形行爲

是。後者其本體之性質。不問爲商行爲與否。若爲此行爲者爲商人。必爲商行爲。蓋商人以商行爲爲營業者也。是以推定商人之行爲。爲營業之行爲。且推定商人營業之行爲。必爲商行爲也。商行爲之中。有雙方行爲。有單獨行爲。關於商事之契約。商法無特別規定者。受民法之支配。然在商事。欲事之敏捷。物之確實。故民法上所認之契約。亦不能不特設規定。例如商人之買賣契約。商人營業締結之寄託契約。匿名組合契約等類是也。茲舉商事契約中。特種有名契約如左。

### 一、交互計算契約

交互計算契約者。爲通常交易。商人於一定期間內。所生債權債務之總額。約定二者相殺。交付殘額之契約也。例如絲商與布商交易。互有債權。互負債務。約定半年以內。互不請求債權。互不償還債務。於半年後。爲總計算。各就相當額相殺。其殘額由負者交付於相手方也。交互計算。不僅限於商人。商人與非商人亦得行之。惟二者皆爲非商人。不

得行之也。

## 二、運送契約

運送契約者。關於運送之契約。當事者之一方。以己之名義。經理物品運送者。曰運送經理契約。其當事者之商人。曰運送經理人。當事者之一方。約定自當運送之任者。曰狹義之運送契約。關於運送之事。有運送物品者。有運送旅客者。陸上運送。湖川港灣之運送。與海上運送。其規模各殊。法律關係亦因之而異。約定海上運送物品者。爲狹義之海上運送契約。當事者之一方。僱雇船舶之全部或一部。自行裝載。從事運送者。曰傭船契約。

## 三、保險契約

保險契約者。當事者之一方。約定因一定之事故。對於相手方填補損害。給付一定之金額。相手方對之與以報酬之契約也。(一)當事者之一方。因一定事故所生之損害。約定填補。相手方與以報酬者。曰損害

保險契約。其填補火災所生之損害者。曰火災保險。填補運送所生之損害者。曰運送保險。填補航海事故所生之損害。例如船舶之破壞。沈沒貨物之滅失毀損者。曰海上保險。其填補損害之當事者。曰保險者。常爲法人。所謂保險會社是也。其相手方曰保險契約者。對於保險者給與報酬。是爲保險料。填補損害之金額。是爲保險金。受保險金者。爲被保險者。被保險者。多爲保險契約者。(二)當事者之一方。關於相手方。第三者之生死。約定交付一定之金額。相手方與以報酬者。是曰生命保險契約。即保險者。關於保險契約者。被保險者之生死。交付一定之金額。於其死亡之時。交付約定金額者。曰死亡保險。達一定之年齡。交付約定金額者。曰養老保險。保險契約者。多爲被保險者。然亦有時爲兩人者。

### 第三項 契約之效力

契約一旦成立。即生一定之效力。當事者宜從契約之本旨而履行之。

(一)在雙務契約。當事者雙方互負債務。各當事者於相手方未履行債務以前。已亦可不履行債務。例如賣主未交付物品。買主即可不交付代金。惟相手方未達債務償還之期而不履行者。則又當別論也。(二)在雙務契約。以設定移轉其物權爲目的。若其物因不可抗力而滅失。毀損者。將誰負擔此損害乎。是爲危險負擔之問題。諸國立法例各殊。有以所有者負擔之者。有以債務者負擔之者。有以債權者負擔之者。日本民法。則採第三主義。如買賣米麥。尙未履行時。而賣者倉庫。忽罹火災。所儲米麥。盡付一炬。斯時買者雖未得其所購之物。而究不能不償其代金。以其物已非債務者所有也。雖然。此僅就契約之目的物爲特定物而言。若契約之目的。爲不特定物。或爲行爲之時。因不可抗力。致不能履行債務者。債權者不爲反對給付。債務者亦無受反對給付之權利。(三)契約當事者之一方。約定給付於第三者。是謂爲第三者之契約。如甲者對於乙者。請其付與金錢於丙者。而乙者承諾之是也。古時羅馬法。不認此種契約之效。

力。近世諸國法律。皆認爲有效。日本民法。第三者對於債務者。自表示享受契約之利益後。直接對於債務者。有請求其給付之權利。此權利一經發生。契約當事者。不能變更消滅之也。

#### 第四項 契約之消滅

契約消滅之原因。有因當事者之合意者。有因一方之意思表示者。由後之說。又分爲二。有因意思表示有瑕疵而取消者。如普通法律行爲之取消。有由有解除權者。因一定事由之發生而解除者。契約解除之權利。或本於當事者間之契約。或本於法律之規定。雖不能一一枚舉。就中如

(一)當事者之一方。受相手方之催告。尙不履行債務。則相手方可解除其契約。

(二)因契約之性質。或當事者之意思表示。於一定之時期日期間內。若當事者之一方。不爲履行。不能達契約之目的者。則相手方可解除其契約。

(三)因債務者之故意或過失。於履行之全部或一部。認爲不能時。債權者亦可生契約解除權。此時因解除權者之一方意思表示。可解除

得其所有權。若無主之不動產。則宜歸屬於國庫所有。遺失物者。所有者偶然失其占有。不知所在之謂也。拾得之者。於一定條件之下。取得所有權。埋藏物者。埋藏於地中之動產。而所有者不明之謂也。發見之者。亦於一定條件之下。得以取得所有權也。添附者。謂物與物附著。或與人力結合之事實也。因此而取得所有權者於下。(一)爲不動產之附合。附合於不動產之從物。不動產之所有者。可取得其所有權。如土地所有者之於寄洲。漸積物是也。(二)爲動產之附合。數種動產。合爲一體。而不可分離。則主動產之所有者。可取得合成物之所有權。若難區別爲主從。則各動產所有者。取得共有權。(三)爲動產之混合。即流動物、穀類、金屬品混同之謂也。其混成物之所有權。爲主物之所有者取得之。若主從難區別者。則從來之所有者。取得其共有權。(四)爲加工。即以他人之動產爲材料。而已施工之謂。如取他人之絹布而繪畫之類是也。此則以材料所有者。取得加工物之所有權爲原則。若因工作所生之價格。超過於材料之價

格。則加工者得取得其物之所有權也。

所有權有爲共有者。共有者。謂數人共同享有一所有權之狀態也。非謂數人對於一所有物。分割使用之也。謂數人共同有一所有權而行使之也。如一人持有馬足。一人持有馬首。非共有也。必數人同有一馬。始爲共有也。各人對於所有權之權利範圍。名之曰持分。各共有者。各應其持分。而使用共有物之全部。譬如一馬。今日甲使用之。明日乙使用之。之類是也。惟共有權常見有不便之事。法律特爲分割之規定。其分割方法。若彼此之協議不洽。可請求裁判所行之。

#### 第四節 地上權

地上權。爲借地權之一種。借地權之種類。因國而殊。日本法律。分借地權爲地上權、永小作權、土地賃借權、及土地使用權、四種。前二者屬物權。後二者屬債權。

地上權。爲他物權之一種。於他人之土地上。有其工作物或竹木之權利

也。申言之。土地之所有權在他人。地上權者。惟占有其土地。使用其土地而已。此地上權所以爲借地權之一種也。惟存其土地。上之工作物竹木。則屬地上權者之所有。工作物者。如家屋及其他建築物。固無論矣。即池沼假山等類。亦包含其中。故借他人之土地。建築家屋。栽植竹木。皆爲地上權。地上權。有因契約或遺言而設定者。有因時效而取得者。因契約而爲無償設定者。如贈與地上權之類。是也。若必給一定之地代。始取得地上權者。是爲有償設定也。地上權之消滅。其原因雖多。而實以存續期間之經過及拋棄爲主要。若當事者以設定行爲。定其存續之期間。法律不制限之。所定期間之經過。即地上權之消滅。苟未設定。則從地方之慣習。苟無慣習之可原。則地上權者。隨時可拋棄其權利。以消滅地上權也。若當事者不拋棄。裁判所可因當事者之請求。參酌事情。於二十年以上五十年以下之範圍內。定其存續期間。

## 第五節 永小作權

永小作權者。謂付小作料於他人。於他人之土地上。有耕作牧畜之權利也。以其存於他人土地之上。故爲他物權之一種。且以其占有土地。而有使用之權利。故又爲借地權之一種。凡由土地所生之果實。皆屬永小作人之所有。其使用土地之權利雖大。然亦必於耕作畜牧必需之內。始能爲適宜之變更。如變水田而爲陸田。則爲永小作人權能以外之事也。蓋永小作人。原非土地之所有者。僅爲借地人而已。且永小作權之目的。僅在他人之土地上。從事耕作牧畜而已。若非爲耕作畜牧而使用他人之土地者。非永小作權也。永小作權者。有償者也。故永小作人。必交付小作料。小作料者。爲土地之使用料。或按年交納。或定期交納。或以金錢。或以收獲物。

永小作權。概因土地所有者。與取得永小作權者之契約而設定。是以永小作人。可讓渡其權利於他人。且可於權利之存續期間內。爲耕作畜牧。而賃貸其土地。永小作人。雖因不可抗力。致收益之損失。決不得爲小作

料之免除或減額之請求。惟因不可抗力。於一定年間。全不能收益。或收益而較小。作料猶少者。則可拋棄其權利也。若于一定期內。不交納小作料。則地主可請求永小作權之消滅。其他之消滅原因。多以存續期間之經過爲斷。存續期間。最短不得過二十年。最長不得過五十年。此其與地上權賃借權不同之點也。

### 第六節 地役權

地役權者。以設定行爲所定之目的。權利者以他人之土地。供己之土地便益之用之權利也。己之土地。曰要役地。他人之土地。曰承役地。故地役權之成立。必有屬於所有者之二種土地。以甲方之土地。供乙方土地之便益。例如甲地由乙地而受灌溉。或甲地所有者通行乙地是也。故地役權。爲他物權之一種。而非借地權。蓋地役權者。祇能以他人之土地。供自己土地便益之用。而不能妨他人土地之使用收益也。而地役權者。當行其權利時。(一)自爲積極行爲。是爲積極的地役。如要役地所有者。通行

承役地。或由承役地而汲水是也。(二)可使承役地所有者爲某事。是爲消極的地役。如使其無妨觀望勿遮光線是也。

地役權。概因法律行爲而設定。即承役地所有者。與要役地所有者。因契約而發生。是爲設定行爲。然繼續地役權。表現地役權。有因取得時效而取得者。繼續地役權者。無間斷而行使地役權之謂。如不妨觀望之權利。引水之權利是也。表現地役權者。爲行地役權時。於外形上施工作置標徵之謂。如爲引水以裝設樋管之類是也。又地役權者。爲要役地所有者之從物權。故離要役地。不能獨立。凡讓渡要役地者。地役權亦因之而爲轉移。不得與要役地分離。僅以地役權讓渡於他人也。他如於要役地上。設定永小作權。地上權者。而地役權亦爲權利之目的。永小作人。地上權者。可以行使其權利也。故地役權。恰如土地與土地之關係。日本民法所以認爲地役權者。以權利者爲己之土地之便利。有利用他人土地之權利。若僅因爲己而利用他人之土地。如甲散步於乙之庭園之類。學者

雖認之爲人的地役。而究爲日本民法所未認也。其消滅原因。亦各有殊異。彼占有承役地之第三者。因取得時效。而得承役地之完全所有權時。則地役權。即因之而消滅。

### 第七節 擔保權

#### 第一款 擔保權之觀念

擔保權者。擔保債務之物權也。分爲留置權 *Droit de retention* 先取特權 *Privilege* 質權 *Droit de gage* 抵當權 *Kypothèque* 四種。四者皆爲從物權。凡債務者所有之財產。皆宜以之充償還債權之用。斯時稱債務者之總財產。曰債權之共同擔保。然債權者。往往以債務者之特定財產。優先於他之債權者。行使已之權利。是爲特別擔保權。試釋之如左。

#### 第二款 留置權

留置權者。謂適法占有他人之物者。關於其物所生之債權。已達償還之期而尙未償還者。至受償還之日止。有持續占有其物之權利也。例如鐘

錶商爲人修繕鐘錶。修繕之後。未受修繕料費以前。鐘錶商可留置其物品。此留置權所以爲擔保修繕費之債權也。(一)留置權之成立。在關於占有物發生之債權。例如鐘錶修繕費所發生之債權是也。(二)其債權必在償還之期內。(三)債權者須因占有物所發生之債權。如因不法行爲而爲占有者。不得發生此權也。具備以上諸條件。則法律上當然認爲有留置權。無須當事者之同意也。留置權者未受債權全部之償還。無論如何請求。皆可不返還其占有物。留置權之不可分者。即此之謂也。惟不能以占有物售賣處分。且未得債務者之承諾。無使用質貸質入。其占有物之權利。惟由留置物所生之果實。可以收取之。得先於他之債權者。有充償還債權之權而已。若償還債權。或占有喪失。則留置權消滅。又若債務者爲相當之擔保。亦得請求留置權之消滅。

### 第三款 先取特權

先取特權者。謂法律上。一定之債權者。就債務者之普通財產。或特別財

產。優先於他債權者。受償還之權利也。申言之。(一)先取特權。惟對於一定之債權。法律爲鞏固其特種債權之效力。故使債權者於債務者之財產上。有一種之物權。如公益費用、葬式費用、之債務是也。公益費用者。各債權者爲共同利益。就債務者之財產。保存、清算、分配、所支出之費用是也。(二)一定之債權發生。則債權者於法律上。當然取得先取特權。無須當事者特別之合意。(三)先取特權。乃就債務者之財產。擔保一定債權之物權也。(甲)有存於債務者普通財產之上。如共益費用、葬式費用、傭役給料、日用品給料、所生之債權。法律爲鞏固其效力。特於債務者之總財產上。認有先取特權也。(乙)有存於債務者特定動產之上。如家屋之賃貸者。對於賃借人之家具什器。有先取特權是也。(丙)有存於債務者特定不動產之上。如不動產之保存費。於不動產上。有先取特權是也。(四)先取特權者。就權利目的之財產。有先於他債權者。要求已之債權之償還權。如因一定之方法售賣。即以其代金。先償還已之債權。

## 第四款 質權

質權者謂債權者爲債權之擔保。由債務者或第三者占有所受取之物。且對於其物。有優先於他之債權者。受償還已之債權之權利也。例如甲對於乙有債權。而爲債權之擔保。由乙交付物品。或所有地之類是也。申言之。即 (一)質權爲擔保債權之物權。以債權之存在爲前提。不問債權之原因種類如何。是與先取特權相異之點也。(二)質權因設定行爲而發生。決非由法律上成立。(三)質權者宜占有質物。是與抵當權相異之點。質物有由債務者交付者。有由第三者代債務者以己之財產交付者。無論如何。若不交付目的物。則質權全不成立。質言之。目的物之占有。必須移轉於質權者。(四)質權者占有質物。得留置之。且就其質物。有先於他之債權者。受償還已之債權之權。惟以流質契約爲償還之方法。使質權者取得質物之所有權。是爲法律所不許也。(五)質權之目的物。有動產質。不動產質。權利質。動產質。爲多數所通用。不動產質者。以不動產交

付於質權者。質權者占有之後。從不動產之用法。以使用收益。是與抵當權不同之點也。權利質者。謂以財產權爲質權之目的物。如質入地上權。永小作權。質權之類。質權者於此。必一占有其權利。故質入主。必交付所存之債權證書等類。

### 第五款 抵當權

抵當權者。謂債權者不由債務者或第三者移轉占有物。惟就供擔保之不動產。先於他之債權者。有受償還之權利也。如以土地家屋爲抵當。而借入金錢者。爲世所常見者也。申言之。(一)抵當權。爲擔保債權之物權。惟以債權之存在爲前提。不問其原因種類如何。是與質權相同之點。(二)抵當權。非因法律之規定而發生。乃由設定行爲。債務者設定之爲通例。而亦有由第三者交付擔保物而設定者。(三)抵當權之設定。不可爲占有之移轉。否則爲不動產質。非抵當權。(四)抵當權之目的物。限於不動產。不能以動產充之。然地上權永小作權。皆得爲抵當品。(五)抵當權

者。就抵當之不動產。有優先於他債權者。受償還之權。然不得如質權者之占有而留置之者也。惟債務者不履行債務。可請求抵當物之競賣。裁判所從民事訴訟法之手續。行強制競賣。以所得代金。先償還抵當權者之債權。若所得代金。不足充債權之數。亦可以他種財產償還於抵當權者也。若同一之不動產。設定數種之抵當權者。其抵當權之順序。從登記之先後。又若抵當權者。以其抵當權爲他種債權之擔保。或對於同一之債權者。爲他債權者之利益。亦可以讓渡其權利順位。且可以拋棄之者也。惟抵當權者爲數人時。其受利益之順位。以抵當權登記之先後決之。又抵當權對於債務者及抵當權設定者。非與擔保質權同時。雖不因時效而消滅。然在非債務者。非抵當權設定者。而於抵當不動產。具有取得時效之必要條件而爲占有者。抵當權因之而消滅。

### 第三章 債權

#### 第一節 債權之性質

債權物權。皆財產權中重要之權利。最爲日常通用者也。所謂債權者。謂使特定之人。爲特定之事。或使不爲之權利也。即對於特定之人。要求其爲特定之作爲。或不作爲之權利也。今分析釋之如左。

一、債權者。權利也。債權之主體。曰債權者。債務之主體。曰債務者。債權者對於債務者。得要求其爲特定之作爲。或不作爲。債務者對於債權者。必受一定之羈束。債權之與債務。爲法鎖之兩端。如影隨形。不可須臾離也。

二、債權者。要求特定之作爲。或不作爲之權利也。以淺顯言之。謂債權者使債務者爲某事。或不爲某事也。曰作爲者。爲積極之行爲。例如使之書字而給與金錢是也。曰不作爲者。爲消極之行爲。例如使不爲競業之事是也。其作爲及不作爲。是爲債權之目的。債權之目的。必須特定。其行爲關於物者。則其物爲債權之目的物。然債權者若任意要求債務者。羈束其自由。遂至無視人格。違反秩序。害及公益。則其債務爲

無效。債務爲負擔之行爲。故其義務。必須債務者之承諾。凡私權關係之原則。無論何人。非由己意及己之承諾者。不得課負擔。故私義務必本義務者之意思而生。債務亦然。是以債權非命令權而爲要求權。縱令債務者不履行債務。債權者惟有訴之於裁判所之一法耳。

三、債權者對於特定人之權利也。債權爲要求特定之作爲。及不作爲。故權利者。義務者。皆必爲特定者。不能謂對於世人皆有債權。此其與物權特殊之點也。債權雖有時以物爲行爲之目的。然債權者必俟債務者之行爲。而後能支配物。不能直接支配。此亦與物權相異者也。

## 第二節 債權之要素

### 第一款 債權之當事者

債權當事者之權利者。義務者。皆爲特定者。其各當事者。有爲一人者。有當事者之一方或雙方。爲數人者。其爲數人者。曰多數當事者之債權。多數當事者之債權。其債權之目的。必爲同一。若殊別之債權。而各有其當

事者。不得謂爲多數當事者之債權也。

多數當事者之債權。定債權債務之多寡。以債權債務之總額。分配於各債權者。各債務者。各債權者及各債務者。不爲特殊意思表示時。皆平均分配。有權利。負義務。其爲例外者有三。述之如左。

### 一、不可分債務

不可分債務者。謂因債權目的之性質。或因當事者之意思表示。而爲不可分者也。質言之。不得爲一部分之履行。例如買賣馬一頭。賣主交馬於買主時。性質上爲不可分之債務也。又如某種事業。爲數人借入之資本。因當事者之意思。而爲不可分之債務也。其爲不可分之債務者。(一)債權者有數人之時。各債權者。無論何人。得請求履行。然其請求。乃爲總債權者而請求。故所受之償還額。必分配於各債權者。債務者之對於債權者。無論何人。皆可償還。然其償還。乃對於總債權者而償還。故償還之後。則債權債務消滅。債權者不得再請求履行也。(二)

債務者有數人之時。債權者對於債務者之一人。得請求全部之履行。此與連帶債務異者。蓋以債權之目的爲不可分。則不得向各債務者請求一部之履行也。債務者之一人履行既終。則債務消滅。

## 二、連帶債務

連帶債務者。謂爲債權者之利益。應其請求。而履行全部。或一部之債務也。易言之。當數人之負擔連帶債務也。債權者自從其所欲。由其中擇有資力或易償還債務者之一人或數人。請求履行其全部或一部之謂也。例如甲乙丙三人。連帶向丁者借入金錢。丁者得任意對於甲乙丙三者。請求償還也。

## 三、保證債務

保證債務者。謂主債務者不履行債務。代任履行之責之債務也。有此責任者。曰保證人。保證債務。爲從債務。因主債務之存在而成立。其範圍亦與主債務同。保證人負擔債務之目的。不得過於主債務。例如主

契約。又解除時。各當事者。宜使相手方復契約前之原狀。歸還受取之物品。償還所受之利益。然不得有害於第三者之權利也。

## 第二款 單獨行爲

單獨行爲者。因一方之意思表示。所成立之法律行爲。而爲債權發生之原因也。若徒以一己之單獨行爲。決不能對於他人取得債權。蓋無論何人。斷未有不出諸己意而負債務者。雖然。有因一己之意思表示。對於他人而負債務者。如遺贈寄附之類是也。此種行爲。以甘爲他人之債務者。法律上原無禁之之理。然他人之願爲債權者與否。亦不能不計及之。例如贈與金錢於人。而受者轉覺躊躇。是以贈與爲一種契約。其成立時。必得受益者之承諾也。然爲法律之所特許者。因單獨行爲所生之債務。雖欲否定。勢亦有所不能。其最著之例。如遺言及手形行爲是也。因遺言而爲遺贈者。其遺言與遺言者之死亡。共生效力。受遺者有受遺贈之權利。遺言者之相續人。已負遺贈之義務。此債務非因相續人承認相續權而

生。乃因遺言而生也。手形行爲者。關於手形之法律行爲也。汎言手形。卽爲爲替手形。約束手形。小切手。之總稱。皆具有一定之形式。發行者於一定之時期。一定之地方。對於相當之債權者。或第三者。約定交付一定之金額也。發行者自爲交付之約者。曰約束手形。發行者使第三者交付者。曰爲替手形。曰小切手。手形行爲。有振出。裏書。引受。參加。保證。皆爲單獨行爲。因行爲者一方之意思表示。而生效力者也。此等行爲。皆爲要式行爲。若不因一定之方式。不能成立。是以爲此等行爲者。必署名於證券。且從其明文而負責任。故手形行爲。可謂爲一定債務之原因之單獨行爲也。振出者。卽發行手形行爲之謂。振出人。發行者。於記載事項之證券。必署名於其上也。裏書者。取得手形者。持此移轉於他人之謂。裏書人於手形之裏面。記載手形讓受人商號及年月日。且署名於其上是也。手形之原則。爲指圖證券。因裏書而輾轉交付者也。且因裏書之前後。而分爲前者後者。引受者。爲交付手形金額之人。受振出人之委托。表示交付手形

金額之意思。記載引受之旨趣于手形。且自署名。交款者自此始爲手形上債務者之引受人也。約束手形。小切手。無所謂引受。惟爲替手形所持者。無論何時。得示手形於交款人。而求其引受。若有拒絕。可據一定之方式。對於前者。而爲擔保之請求。又或期限到來。手形之所持者。呈示於交款人。而請求交付。若應其請求。則手形上之法律關係。於此告終。若拒絕不應。亦可對於前者。而爲償還之請求也。參加者。乃交款人以外之人。爲特定手形之債務者。而爲引受。爲交款之謂。前者曰參加引受。後者曰參加交款。保證者。謂爲手形債務者。擔保其履行債務之行爲。而爲之保證者。自署名於手形上者是也。

### 第三款 事務管理

事務管理者。本無義務。而爲他人管理事務之謂也。如甲未受乙託。於乙外出之時。自爲之管理事務者是也。凡管理事務。爲管理他人之事務。管理者未受他人之付託委任。自進而爲管理之意。質言之。無管理之義務。

而爲管理之行爲。彼出於本人之委託。而爲委任及準委任者。非此所謂事務管理也。事務管理。亦爲債權發生之原因。生種種之債權關係。即

(一) 管理者宜因事務之性質。審察時地。斟酌情勢。以最適本人利益之方法。管理事務。若知本人之意。或能推知其意。則又宜從本人之意也。(二) 管理事務。爲使本人之身體名譽財產。免於急迫之危害。雖偶生損害。管理者不負賠償之責。若出於惡意及過失者。則又當別論也。(三) 管理者當管理事務之際。有通知本人之義務。(四) 已爲管理者。至本人相續人。法定代理人。得爲管理以前。宜爲之繼續管理。不得半途而廢。(五) 管理者宜報告管理之狀況。願末於本人。若於管理時。受有金錢物品等類。有交付於本人之義務。(六) 管理者爲本人支出有益費用。可對本人請求其償還。本人亦宜承認之。

#### 第四款 不當利得

不當利得者。謂無法律上之原因。乃因他人之財產勞務。享受利益。而使

他人損失之謂也。凡人因他人之財產勞務。享受利益。於事實上固多見。例如購買者之受取物品。受贈者之領收贈物。主人之指揮僕婢。何一非受他人之利益乎。惟是買賣贈與。雇傭。雖受他人之利益。皆爲法律上之原因。他人即因之而受損失。亦以負有債務而然。受益者亦出於債權之結果。始享受其利益。若無法律上之原因。或有而即歸消滅。是受益者不當而受利益。彼因此而受損失者。實無可以自解。故法律謂爲不當利得。使受益者返還所受之利益。其返還之數。宜以現時之存在者爲限。否則受益者亦有所苦也。不當利得。亦爲債權之一原因。而生種種之債權關係。(一)受益者於現存之限度。以所受之利益返還。(二)受益者爲惡意時。不特返還其所受之利益。且宜酬其利子。其損害他人者。宜賠償之。(三)不當利得者。雖以返還其利益爲原則。然若知其非債務者。本無債務之存在。而爲債務之辦濟時。後不得請求返還其給付。(四)債務者未至辦濟之期。而辦濟者。不得請求給付之返還。惟不知在辦濟期前而辦濟

者。債權者宜返還其所得之利益。(五)非債務者因錯誤而為債務之辦濟。債權者以善意毀滅證書拋棄擔保。又或因時效而失債權時。辦濟者不得以不當利得為理由。而請求其返還。惟對於真債務者。可行使求償權。(六)為不法原因之給付者。不得以不當利得為理由。請求給付之返還。如因博奕所失之金錢。不得請求返還之類是也。若不法原因出於受益者。仍可取還。給付者不負咎也。

#### 第五款 不法行為

不法行為者。因故意。過失。侵害他人之權利。使生損害之行為也。不法行為者。在賠償損害之責。故為債權之一原因。即生損害賠償之請求權也。權利侵害篇已詳論之。茲不贅。

#### 第六款 法律之規定

因當事者之適法或不法行為而發生債權。既論之矣。然法律或因事實。或因關係存在。有不俟當事者之行為。而自發生債權關係者。此以法律

之規定。認爲債權發生之原因也。諸國之立法例多如是。日本民法。雖無明文。亦未否認。如親族間生扶養之義務。其一例也。

#### 第四節 債權之效力

債權者得請求債務之履行。債務者亦必應其請求。於適當之時期。履行債務。債權之效力。因成功而消滅。若債務者不履行時。則直任遲滯之責。債權者得爲強制履行。而請求損害賠償也。試分論之如左。

##### 一、遲滯之責任

債務者於適當之時期。不履行義務。則必負擔因此所生之損害。所謂任意遲滯之責是也。無論債務之履行。有確定期限。既知其期限已至。而任意遲滯者。或債務之履行。無一定期限。已受履行之請求。而亦爲遲滯者。債務者皆不能免遲滯之責。其結果 (一)債務者賠償因遲滯所生之損害。(二)債權者可爲契約之解除。(三)債權者代債務之履行。可請求其損害賠償。(四)債權之目的物。因不可抗力而毀損滅失者。

債務者亦不能免其義務。

## 二、強制履行

債權之效力。在使履行債務。債務者宜從債權之本旨而履行之。若不履行。債權者可出訴於裁判所。而請求其強制履行。例如金錢債務。以公力強制執行者是也。雖然。債務之性質。亦有不能使強制履行者。惟有請求損害賠償。或別採他法。以代其強制履行耳。(一)債務之目的。爲作爲時。債權者得請求裁判所。以債務者之費用。使第三者爲之。例如使大匠建築廬舍。若不履行其債務。可使他匠爲之。而由前之匠人徵其費用。(二)債權之目的。爲法律行爲時。其債務之履行。以在債務者之意思表示。故債權者得請求裁判所。受確認判決。以其判決代債務者之意思表示。(三)債務之目的。爲不作爲時。得以債務者之費用。毀除其所爲。且得請求裁判所。爲將來適當豫防之處分。(四)若不能採上數法。則惟有請求其損害賠償耳。

### 三、損害賠償

凡債務者宜於適當之時、適當之地、採適當之方法、而履行其債務。申言之。債務者必從債務之本旨而履行之。否則債權者所生之損害。不問其爲積極消極。債務者皆宜賠償。債權者現在所受之損害。將來豫期之利益。皆可請求賠償。債務者因過失而不能履行者。亦得請求損害賠償。損害賠償。有爲債務之履行遲延者。如遲滯賠償是也。此可一面求債務之履行。一面求損害賠償也。然亦有因債權者之撰擇。代債務之履行。而求其損害賠償者。如填補賠償是也。定賠償之額。宜因債務者之不履行。所生之損害爲標準。申言之。因不履行之結果。所生之一切損害。債務者皆宜賠償。不問當事者之豫見與否也。即因特別事情所生之損害。當事者豫見其事情。又或可得豫見之時。債權者亦得請求其賠償也。損害賠償。別無特約者。以金錢定其額。若以金錢爲目的之債務而不履行者。其損害賠償之額。依法定利率定之。若當事者

對於利子有特約時。其約定利子。高於法定利子。宜使債務者交付約定利子。蓋不得因債務之不履行。以致利率之低下也。且此種損害賠償。債權者無須損害之證明。而債務者不得以不可抗力為抗辯。蓋對於金錢債務。不履行之賠償。其債務之性質為一定者也。無論何種債務。當事者為避後日之紛紜。可豫定不履行之時。所宜賠償之額。此額裁判所不得為之增減也。即豫定之賠償額。當債務不履行時。當事者可請求其履行。或為契約之解除。若違約金。以當事者之不舉反證為限。推定為賠償額之預定也。

#### 四、債權對於第三者之效力

一、間接訴權 凡債權之效力。僅及於當事者。債務者之所有財產。即為債權者之共同擔保。債務者不履行債務。債權者可就其財產而執行之。然債務者之財產。常因第三者之法律關係以為消長。如債務者不為時效中斷以失權利。不為登記以失財產。債權者為保

全己之權利。得行使其屬於債務者之權利。如代債務者中斷時效。或爲登記。所謂債權者之間接訴權是也。

二、廢罷訴權 債務者之所有財產。既對於債權者爲共同擔保。若債務者能自由處分其財產。則債權者之不利實甚。債務者往往以財產讓與於親戚故舊。使債權者之執行。歸於烏有。故債務者爲有害債權者之法律行爲。債權者可請求裁判所取消之。然亦必債務者與相手方同爲惡意。且其法律行爲。以財產爲目的者。此時債權者之權利。曰廢罷訴權。

### 第五節 債權之讓渡

債權之移轉於他人者。是爲債權之讓渡。或曰。債權者。僅爲特定當事者之關係。不能讓渡於第三者。或曰。債權之目的物。其性質不能移交者。亦無由讓渡。是以羅馬古代法。英國普通法。皆不認讓渡之制。雖然是種議論。其解釋當事者。皆失諸狹義。凡所謂債權。不惟理論可得讓渡。即實際

亦可助財產之融通。有絕大之便益。是以株券以讓渡爲主旨而發生。近世諸國法律。皆認債權之可以讓渡也。然亦有例外者。即債權之性質。有不能讓渡者。如受扶養之權。求勤勞之權。若變更當事者。即異其債務之內容。失債權存在之基礎。其不得移轉者。勢也。又或彼此之間。特約不得讓渡於他人者亦然。債權有指名債權、指圖債權、無記名債權三種。其讓渡之方法。各有殊異。試述之左。

### 一、指名債權之讓渡

指名債權者。指定債權者之債權也。通常之債權。即指名債權。對於指圖債權、無記債者。而爲通常債權之總稱。此種債權。當事者之間。可因意思之表示而爲移轉。由讓渡人與讓受人合意而成。無須他種方式也。若欲對抗債務者。宜由讓渡人通知於債務者。求其承諾。若欲對抗第三者。又宜以通知承諾及確定日附。作成證書也。

### 二、指圖債權之讓渡

指圖債權者。債權者或指圖人得請求償還之債權也。其發生時。必作成證書。證書內容其範圍。因其文詞而定。且必記載指圖文句於證書。申言之。債務者對於債權者或指圖人。以履行債務之意。記載于證書面。如爲替手形。約束手形。倉庫營業者所發行之預置證券。船長所發行之船荷證券。皆記載指圖債權是也。指圖債權。因當事者之意思表示。可得讓渡。其欲對抗第三者。必就證書作讓渡之裏書。而交付於讓受人。裏書者。記載讓渡之意及其年月日於證書之裏面。讓渡人自署名於上是也。記載讓受之姓名者。日記名裏書。不記載讓受人之姓名者。曰無記名裏書。日本商法規定指圖債權讓渡時。當事者皆以裏書爲要件也。

### 三、無記名債權之讓渡

無記名債權者。謂不指定債權者。僅對於持有證書者。償還其債務也。如劇場之觀覽證券。鐵道之乘車證券。無記名公債是。無記名債權。可

以作動產觀。以其讓渡。僅交付證書而已。無須何等之方式。此種債權。讓渡甚易。乃爲使當事者自由輾轉而發生者也。

### 第六節 債權之消滅

債權消滅之原因不一。有因消滅時效者。有因法律行爲之取消者。有因契約之解除者。有因不能履行約束或當事者死亡者。姑不具論。吾所欲釋明者。因辦濟、相殺、更改、免除、混同。而爲債權之消滅者是也。

#### 一 辦濟(償還)

辦濟者。債務者從債務之本旨而履行之謂也。債務履行後。債權即因之而消滅。此最普通而最自然之方法也。債務之辦濟。雖可於第三者行之。然債務之性質。及當事者之意思。有與之反對者。又不可以概論也。

#### 二 相殺

相殺者。彼此有同一目的之債務。達於辦濟之期。就其相當額而免除

之謂也。例如甲負乙債百圓。乙負甲債八十圓。甲表示相殺之意思。可消滅八十圓之債務者。若債務之性質。不許相殺。或當事者表示反對之意思。則又不能因相殺以消滅債務也。

### 三、更改

更改者。當事者因契約而變更債務之性質也。更改契約。有債權者之交替者。有債務者之交替者。有變更債務之目的者。三者皆爲債務之要素。有更改者。舊債務因之而消滅。新債務因之而發生。故亦爲債權消滅之一原因。債權之交替。雖與債權者讓渡相似。然債權之讓渡者。爲債權之移轉。而債權不消滅。此其與更改相異之點也。

### 四、免除

免除者。債權者拋棄其債權之謂。債權者對於債務者。表示免除債務之意思。債權即因之而消滅也。

### 五、混同

混同亦爲債權消滅之一原因。即債權與債務同歸於一人之謂。例如債務者爲債權者之被相續人是也。無論何人斷無對於自身而主張權利者。此時債權之歸於消滅。自然之勢也。

法學通論 終

○ 正 誤 表

頁 行 誤	正	誤	正
二五 二 演譯	演譯	二三八	二 裁判
五一 八 因家	國家	二七六	三 加意思於
五一 一〇 若謂爲國家	若謂國家	二九二	八 他人同類
七四 三 利本流	利木流	二九八	三 其享有公權與私權同始於其享有之者與私權同始於出生之時外國人之享有 出生之時外國人享有此
七四 一 私學學者	私法學者	三三三	三 既爲社團
七六 一三 故定理	故空理	三五六	八 相續取相得
八四 二 爲定理	爲空理	三六八	一三 從爲取消
八九 一 其補	其裨	三八二	一三 行爲對
九二 七 淵源耶	淵源乎	三八八	一三 取消權之喪失
一〇一 五 哈克士列	赫胥黎	三八九	二 於法律上
一一一 九 命令	命令	三八九	六 人與取
一一五 七 淵源耶	淵源乎	三九一	五 繫於法律
一五〇 一一 公記有	公記錄有	三九一	五 消滅不確
二二〇 一一 其得事球	其得事理	三九三	三 繫於法律

正 誤

一

三九三

三 消滅將來

消滅於將來

五九〇

二 內政之閣

內閣之閣

三九八

八 抗辯方說

抗辯方法

六〇八

一 即時要求無要求

去下為要求三字

三九九

一三 是時效無拋棄之理也

是時效無取乎得以拋棄之規定也

六一八

三 非美

北美

三九九

一三 多拋棄

多規定得以拋棄

六六一

八 夫之後妻

父之後妻

四〇〇

四 方法者

方法此等

七五六

七 耕作牧畜

耕作畜牧

四一一

九 償還之責

無償還之責

四一二

四 完成後

完成前

四二二

一三 完成後

完成前

四二七

二 確實消滅

確實而已

四二八

一 時中斷

時效中斷

四五二

一三 然其所謂主權之主體非指有主權者

然非指主權之主體(即有主權者)

四九〇

二 他禁止

地禁止

五三三

一 被索被告人

被索被告人

五三九

一〇 時送達

將送達

五七五

一 非辨理

非指示

2978 A 1

中華民國三十三年十月廿三日  
朱桂莘先生

最近出版

# 國際公法

定價大洋貳圓

日本法學博士于賀鶴太郎原著  
沔陽黃炳言同譯

第四版

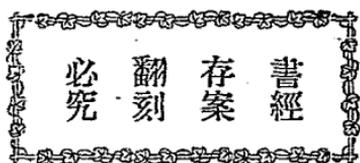
# 憲法

定價大洋壹圓八角

日本法學博士清水澄原著  
沔陽黃炳言同譯

發行所 昌明公司

光緒三十三年三月十一日印刷  
光緒三十三年三月十五日發行  
光緒三十四年正月初一日再版  
光緒三十四年正月初三日發行



譯者

發行者

印刷者

印刷所

發行所

法學通論合本與付

定價大洋貳圓四角

盧黃

炳

言

李

光

酒井平次郎

日本東京淺草茅町一丁目七番地

日本東京淺草茅町一丁目七番地

同文印刷會

昌明公司

上海四馬路漢口黃陂街

58

12/17